

# INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE

JOCHEM REICHERT UND MICHAEL SENGER

BERICHTSPFLICHT DES VORSTANDS UND RECHTSSCHUTZ  
DER AKTIONÄRE GEGEN BESCHLÜSSE DER VERWALTUNG  
ÜBER DIE AUSNUTZUNG EINES GENEHMIGTEN KAPITALS  
IM WEGE DER ALLGEMEINEN FESTSTELLUNGSKLAGE



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE  
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT



**PROF. DR. THEODOR BAUMS**  
**PROF. DR. ANDREAS CAHN**

**INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE**

**JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT**

**SENCKENBERGANLAGE 31**

**D-60054 FRANKFURT AM MAIN**

**TEL: +49 (0)69 / 798-28941**

**FAX: +49 (0)69 / 798-29018**

**(INTERNET: [HTTP://WWW.ILF-FRANKFURT.DE](http://www.ilf-frankfurt.de))**

Jochem Reichert und Michael Senger

**Berichtspflicht des Vorstands und Rechtsschutz der Aktionäre  
gegen Beschlüsse der Verwaltung über die Ausnutzung  
eines genehmigten Kapitals im Wege der allgemeinen Feststellungsklage**

Institute for Law and Finance

**WORKING PAPER SERIES NO. 46**

**04/ 2006**

**Berichtspflicht des Vorstands und Rechtsschutz der Aktionäre gegen Beschlüsse  
der Verwaltung über die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals  
im Wege der allgemeinen Feststellungsklage**

Besprechung der Entscheidungen BGH vom 10. 10. 2005 - II ZR 90/03 und II ZR 148/03,  
Der Konzern 2006, 269, 272 (Mangusta/Commerzbank I und II)

Von Dr. *Jochem Reichert* und Dr. *Michael Senger*, Mannheim\*

- A. Einleitung
- B. Die Entscheidungen Mangusta/Commerzbank I und II vor dem Hintergrund der Siemens/Nold-Entscheidung
  - I. Die Kernaussagen der Siemens/Nold-Entscheidung
  - II. Kein Vorabbericht des Vorstands - Mangusta/Commerzbank I
    - 1. Die Gründe des Senats
    - 2. Stellungnahme
  - III. Mangusta/Commerzbank II
    - 1. Keine Nichtigkeit von Beschlüssen der Verwaltung analog §§ 241 ff. AktG
      - a) Die Erwägungen des Senats
      - b) Stellungnahme
    - 2. Zulässigkeit der allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO
- C. Rechtsschutz der Aktionäre gegen Beschlüsse der Verwaltung im Wege der allgemeinen Feststellungsklage im Recht des genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss
  - I. Rechtsbehelfe und Ansprüche der Aktionäre
  - II. Die Allgemeine Feststellungsklage im Rahmen des aktienrechtlichen Rechtsschutzsystems
    - 1. Rechtsverhältnis
    - 2. Rechtliches Interesse
      - a) Signalwirkung
      - b) Sekundäransprüche und Rechte in der Hauptversammlung
    - 3. Gegenüberstellung von Anfechtungsklage (§ 243 AktG) und allgemeiner Feststellungsklage (§ 256 ZPO)
    - 4. Kompensation eines Kontrolldefizits
      - a) Defizit an gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten
      - b) Kein Versagen des aktienrechtlichen Kontrollsystems
    - 5. Rechtliche und praktische Bedeutung des Feststellungstitels für den Aktionär
    - 6. Kein zusätzliches Missbrauchspotenzial
  - III. Offene Fragen nach Mangusta/Commerzbank II
    - 1. Klagefrist
    - 2. Streitwert
    - 3. Statthaftigkeit der Feststellungsklage bei anderen Entscheidungen der Verwaltung
- D. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

---

\* Rechtsanwalt Dr. Jochem Reichert ist Partner und Dipl.-Kfm. Dr. Michael Senger ist Rechtsreferendar bei Shearman & Sterling LLP in Mannheim.

## A. Einleitung

In seinen Entscheidungen Mangusta/Commerzbank I und II nimmt der II. Zivilsenat des BGH<sup>1</sup> zu zwei Fragen Stellung, die mit der Ausnutzung eines genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft verbunden sind. In der ersten Entscheidung beantwortet er die Frage, ob der Vorstand gemäß §§ 203 Abs. 2 Satz 2, 186 Abs. 4 Satz 2 AktG verpflichtet ist, den Aktionären vor der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung einen schriftlichen Bericht über den Grund des Bezugsrechtsausschlusses vorzulegen. Das zweite Urteil befasst sich mit der Frage des Rechtsschutzes der Aktionäre gegen Beschlüsse von Vorstand und Aufsichtsrat über die Ausnutzung des genehmigten Kapitals. Der Senat hat im Rahmen dieses Rechtsstreits die den Aktionären im Zusammenhang mit der Nutzung des genehmigten Kapitals zur Verfügung stehenden gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten näher ausgestaltet.

Gegenstand beider Verfahren sind drei Kapitalerhöhungen mit Bezugsrechtsausschluss, deren Durchführung der Vorstand der Beklagten, der Commerzbank AG, in Ausübung satzungsmäßiger Ermächtigungen nach § 202 AktG mit Zustimmung des Aufsichtsrates beschlossen hatte. Die Kapitalerhöhungen wurden wenige Wochen nach den Beschlüssen der Verwaltung in das Handelsregister eingetragen. Die Klägerin, die Mangusta Beteiligungs-Gesellschaft mbH, eine Minderheitsaktionärin der Beklagten, hatte zuvor ohne Erfolg versucht, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Eintragung dieser Kapitalerhöhungen in das Handelsregister zu verhindern.<sup>2</sup> In dem Hauptsacheverfahren „Mangusta/Commerzbank I“ macht die Klägerin das Fehlen eines schriftlichen Vorstandsberichts über die Gründe des Bezugsrechtsausschlusses im Vorfeld der Kapitalerhöhungen zum Gegenstand verschiedener, gestaffelter Leistungs- und Unterlassungsanträge. In dem Hauptsacheverfahren „Mangusta/Commerzbank II“ begehrt dieselbe Klägerin mit ihrem Hauptantrag, die drei Beschlüsse des Vorstands der Beklagten über die Ausübung der Ermächtigung und die drei zugehörigen Zustimmungsbeschlüsse des Aufsichtsrates über die Kapitalerhöhungen für nichtig zu erklären. Mit ihren drei Hilfsanträgen möchte sie die Nichtigkeit, die Unwirksamkeit oder

---

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 10.10.2005 – II ZR 148/03, Der Konzern 2006, 269 = ZIP 2005, 2205 = DB 2005, 2738 = BB 2005, 2767 = NZG 2006, 18 (mit Bespr. *Busch*, NZG 2006, 81; *Krämer/Kiefner*, ZIP 2006, 301; *Waclawik*, ZIP 2006, 397) – Mangusta/Commerzbank I, dazu EWiR 2006, 35 (*Hirte*) und BGH, Urt. v. 10.10.2005 – II ZR 90/03, Der Konzern 2006, 272 = ZIP 2005, 2207 = DB 2005, 2740 = BB 2005, 2770 = NZG 2006, 20 (mit Bespr. *Busch*, NZG 2006, 81; *Krämer/Kiefner*, ZIP 2006, 301; *Waclawik*, ZIP 2006, 397) – Mangusta/Commerzbank II, dazu EWiR 2006, 65 (*Hirte*).

<sup>2</sup> Vgl. hierzu LG Frankfurt, Urt. v. 25. 9. 2000 – 3/1 O 129/00, ZIP 2001, 117 f.; OLG Frankfurt/M., Urt. v. 12. 12. 2000 – 5 U 146/00, WM 2001, 206.

zumindest die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens von Vorstand und Aufsichtsrat anlässlich der beanstandeten Beschlüsse festgestellt wissen.

Die Leistungsklage betreffend die Berichtspflicht des Vorstands bleibt in allen drei Instanzen ohne Erfolg.<sup>3</sup> Der II. Senat des BGH stellt in seinem Urteil „Mangusta/Commerzbank I“ fest, dass der Vorstand nicht verpflichtet sei, vor Ausübung einer Ermächtigung zur Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss die Aktionäre (schriftlich) über den Bezugsrechtsausschluss und dessen Gründe zu unterrichten. Der Vorstand sei lediglich gehalten, nach Inanspruchnahme der Ermächtigung über die Einzelheiten seines Vorgehens auf der nächsten ordentlichen Hauptversammlung der Gesellschaft zu berichten und Rede und Antwort zu stehen. Der Senat bezieht sich insoweit ausdrücklich auf seine Entscheidung in Sachen „Siemens/Nold“ aus dem Jahr 1997.<sup>4</sup>

In dem Verfahren „Mangusta/Commerzbank II“ weist der BGH den Hauptantrag als unbegründet zurück. Demgegenüber hebt er das Berufungsurteil des OLG Frankfurt<sup>5</sup> insoweit auf, als dieses die Klage bezüglich der Hilfsanträge als unzulässig zurückgewiesen hat. Der Senat stellt in seinem Urteil fest, dass ein in seinen Mitgliedschaftsrechten beeinträchtigter Aktionär pflichtwidriges, kompetenzüberschreitendes Organhandeln des Vorstands und des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft bei Ausnutzung eines genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss zum Gegenstand einer gegen die Gesellschaft zu richtenden allgemeinen Feststellungsklage (§ 256 ZPO) machen kann. Im Leitsatz nimmt der Senat sowohl auf die Entscheidung in Sachen „Siemens/Nold“ als auch auf jene in Sachen „Holzmüller“ aus dem Jahr 1982 Bezug.<sup>6</sup>

## **B. Die Entscheidungen Mangusta/Commerzbank I und II vor dem Hintergrund der Siemens/Nold-Entscheidung**

### **I. Die Kernaussagen der Siemens/Nold-Entscheidung**

Die Entscheidungen Mangusta/Commerzbank I und II knüpfen an das Siemens/Nold-Urteil des II. Senats an. Die Botschaft dieses Urteils soll daher zunächst skizziert werden, bevor auf die tragenden Gründe eingegangen wird, die den Senat zu seinen Mangusta/Commerzbank-Urteilen bewogen haben.

---

<sup>3</sup> OLG Frankfurt, Urte. v. 1. 4. 2003 – 5 U 54/01, ZIP 2003, 902 ff.; BGH Der Konzern 2006, 269 ff.

<sup>4</sup> BGH, Urte. v. 23. 6. 1997 – II ZR 132/93, BGHZ 136, 133 ff.

<sup>5</sup> OLG Frankfurt, Urte. v. 4. 2. 2003 – 5 U 63/01, ZIP 2003, 1198.

<sup>6</sup> BGH, Urte. v. 23. 6. 1997 – II ZR 132/93, BGHZ 136, 133, 140 f.; BGH, Urte. v. 25. 2. 1982 – II ZR 174/80, BGHZ 83, 122, 125, 133 ff.

Durch das „Siemens/Nold“-Urteil hat sich der Senat von den hohen Anforderungen, die er einst selbst in seinem „Holzmann“-Urteil<sup>7</sup> an die Schaffung eines genehmigten Kapitals mit der Option eines Bezugsrechtsausschlusses gestellt hatte, ausdrücklich abgewandt. Der Senat hat insbesondere den im Zeitpunkt des Ermächtigungsbeschlusses nach § 202 Abs. 2 AktG erforderlichen Grad der Konkretisierung der Verwendung der im Wege des genehmigten Kapitals geschaffenen Aktien erheblich reduziert. Die Hauptversammlung kann nunmehr im Rahmen eines genehmigten Kapitals das Bezugsrecht der Aktionäre schon dann ausschließen oder den Vorstand zu dem Bezugsrechtsausschluss ermächtigen, wenn die Maßnahme, zu deren Durchführung der Vorstand ermächtigt werden soll, im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft liegt und der Hauptversammlung allgemein und in abstrakter Form bekannt gegeben wird.<sup>8</sup> Damit sind die Anforderungen an den Bericht des Vorstands (§§ 203 Abs. 2 Satz 2, 186 Abs. 4 Satz 2 AktG), den dieser vor der Fassung des Ermächtigungsbeschlusses über den Ausschluss des Bezugsrechts zu erstatten hat, abgesenkt worden. Der Vorstand muss insbesondere nicht mehr konkret über die Zwecke berichten, zu denen das Bezugsrecht bei der späteren Ausnutzung des genehmigten Kapitals ausgeschlossen werden soll. Mit der Absenkung der Berichtsanforderungen hat der Senat den Bedürfnissen der Praxis Rechnung getragen. Mit dem Institut des genehmigten Kapitals steht ein flexibles Finanzierungsinstrument zur Verfügung, mit dem insbesondere auf den Kapitalmärkten rasch auf sich bietende Gelegenheiten wie etwa Unternehmenskäufe oder Beteiligungserwerbe gegen Ausgabe von Aktien reagiert werden kann.<sup>9</sup> Die Verwendung dieses Instruments hat seit der Entscheidung des Senats an praktischer Bedeutung erheblich hinzugewonnen.<sup>10</sup>

Um einer willkürlichen Ausnutzung genehmigter Kapitalia mit Bezugsrechtsausschluss entgegenzuwirken, hat der Senat allerdings klargestellt, dass der Vorstand von der Ermächtigung zur Kapitalerhöhung und zum Bezugsrechtsausschluss nur dann Gebrauch machen darf, wenn das konkrete Vorhaben seiner abstrakten Umschreibung entspricht, es in Übereinstimmung mit dem in der Satzung festgelegten Unternehmensgegenstand steht und im Zeitpunkt seiner Realisierung noch im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft liegt.<sup>11</sup> Die Erfüllung dieser Voraussetzungen habe der Vorstand im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens sorgfältig zu prüfen.<sup>12</sup> Der Senat hat weiterhin ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die

---

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 19.4.1982 – II ZR 55/81, BGHZ 83, 319 ff.

<sup>8</sup> BGHZ 136, 133 (Leitsatz a)).

<sup>9</sup> BGHZ 136, 133, 136.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu *Böttger*, Der Bezugsrechtsausschluss beim genehmigten Kapital, 2005, S. 26 f.

<sup>11</sup> BGHZ 136, 133, 140.

<sup>12</sup> BGHZ 136, 133, 140.

Einhaltung dieser Pflichtenbindungen des Vorstands der Kontrolle von Aufsichtsrat und Hauptversammlung unterliege. Die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens könne insbesondere zum Gegenstand einer gegen die Gesellschaft zu richtende Feststellungs- oder – soweit noch möglich – einer Unterlassungsklage gemacht werden.<sup>13</sup> Dass eine auf Feststellung oder Unterlassung gerichtete Aktionärsklage statthaft sein kann, hat der Senat bereits in seinem Holz Müller-Urteil in einem obiter dictum erwähnt.<sup>14</sup>

Keine ausdrückliche Aussage hat der Senat demgegenüber seinerzeit darüber getroffen, ob der Vorstand vor der Ausnutzung des genehmigten Kapitals unter Bezugsrechtsausschluss die Aktionäre in Form eines schriftlichen Berichts gemäß §§ 203 Abs. 2 Satz 2, 186 Abs. 4 Satz 2 AktG über die Verwendung des Kapitals und die Gründe des Bezugsrechtsausschlusses zu informieren hat. Dieser Frage nimmt er sich in der Entscheidung Mangusta/Commerzbank I nunmehr an.

## **II. Kein Vorabbericht des Vorstands - Mangusta/Commerzbank I**

### **1. Die Gründe des Senats**

Der Senat lehnt in der Entscheidung Mangusta/Commerzbank I das Bestehen einer Pflicht des Vorstands ab, den Aktionären vor der Ausübung der Ermächtigung zur Kapitalerhöhung unter Ausschluss des Bezugsrechts einen schriftlichen Bericht zu erstatten (sog. Vorabbericht). Der Vorstand sei lediglich gehalten, nach Inanspruchnahme der Ermächtigung über die Einzelheiten seines Vorgehens auf der nächsten ordentlichen Hauptversammlung den Aktionären zu berichten und Rede und Antwort zu stehen.<sup>15</sup> Der Senat begründet seine Entscheidung mit den nachfolgenden grammatikalischen, teleologischen und historischen Erwägungen:

Die Hauptversammlung hatte in dem zur Entscheidung stehenden Fall nicht selbst das Bezugsrecht der Aktionäre gemäß §§ 203 Abs. 1, 186 Abs. 3, 4 AktG im Ermächtigungsbeschluss verbindlich ausgeschlossen, sondern den Vorstand gemäß § 203 Abs. 2 AktG ermächtigt, über den Bezugsrechtsausschluss zu entscheiden. In den Fällen einer solchen Ermächtigung gilt § 186 Abs. 4 AktG gemäß § 203 Abs. 2 Satz 2 AktG sinngemäß. Aus dieser Verweisung leitet der Senat ab, dass die formellen Anforderungen des § 186 Abs. 4 AktG nur bei Erteilung der Ermächtigung des Vorstands durch die Hauptversammlung zu beachten seien.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> BGHZ 136, 133, 140 f.

<sup>14</sup> BGHZ 83, 122, 125, 133 ff.

<sup>15</sup> BGH Der Konzern 2006, 269.

<sup>16</sup> BGH Der Konzern 2006, 269, 270 f.



Bei Ausübung der Ermächtigung durch den Vorstand könne § 186 Abs. 4 AktG schon deswegen keine Anwendung finden, weil die Vorschrift allein auf die Beschlusskompetenz der Hauptversammlung zugeschnitten sei und eine solche im Rahmen der konkreten Ausnutzung des genehmigten Kapitals nicht einzuberufen sei. Die Einberufung einer Hauptversammlung zum Zweck der streitgegenständlichen Berichterstattung würde dem Rechtsinstitut des genehmigten Kapitals gerade zuwiderlaufen, da die Hauptversammlung dann nämlich selbst über den Bezugsrechtsausschluss entscheiden könnte.<sup>17</sup>

Was die historische Auslegung anbetrifft, verweist der Senat auf die Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 186 Abs. 4 Satz 2 AktG. Da der Gesetzgeber dort hinsichtlich des Erfordernisses eines schriftlichen Berichts des Vorstands gegenüber der Hauptversammlung auf Art. 29 Abs. 4 der Zweiten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie<sup>18</sup> verweise und sich diese Vorschrift ausschließlich mit dem Bezugsrechtsausschluss unmittelbar durch die Hauptversammlung selbst befasse, könne von einer Berichtspflicht außerhalb der Hauptversammlung nicht ausgegangen werden. Wenn der Gesetzgeber eine solche Pflicht hätte begründen wollen, wäre zu erwarten gewesen, dass er sich hierzu in seiner Begründung ausdrücklich geäußert hätte.<sup>19</sup>

Vor allem aber entspräche der Verzicht auf einen Vorabbericht des Vorstands dem Sinn und Zweck des genehmigten Kapitals als flexibles Finanzierungsinstrument. Dieses soll der Gesellschaft die erforderliche Bewegungsfreiheit geben, um auf dem Beteiligungs- und Kapitalmarkt vorhandene Gelegenheiten rasch und flexibel ausnutzen zu können.<sup>20</sup> Insbesondere Unternehmens- und Beteiligungserwerbe, die meist gegen Ausgabe von Aktien vorgenommen würden, erforderten rasche Entscheidungen. Diesem Anliegen stünde eine zweite Befassung der Hauptversammlung nach erneuter Vorlage eines schriftlichen Vorstandsberichts über die beabsichtigte Kapitalerhöhung entgegen, da mit ihr eine nicht unerhebliche zeitliche Verzögerung der Maßnahme verbunden wäre.<sup>21</sup> Diese würde den wirtschaftlichen Erfolg eines Geschäfts gefährden, was dem wohlverstandenen Interesse aller redlichen Aktionäre an einem möglichst hohen Wert ihrer Aktie zuwiderlaufen würde. Auch die für das Gelingen

---

<sup>17</sup> BGH Der Konzern 2006, 269, 271.

<sup>18</sup> Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. EG Nr. L 26 v. 31.1.1977, S. 1-13.

<sup>19</sup> BGH Der Konzern 2006, 269, 271.

<sup>20</sup> BGH Der Konzern 2006, 269, 271.

<sup>21</sup> BGH Der Konzern 2006, 269, 271.

vieler Finanz- und Beteiligungsgeschäfte notwendige Diskretion wäre durch eine Pflicht zur Erstattung eines Vorabberichts über das avisierte Geschäft durch den Vorstand nicht mehr gewahrt.<sup>22</sup> Der Senat weist weiterhin darauf hin, dass eine Vorabberichtspflicht zusammen mit der Einhaltung einer etwaigen Wartefrist, vor deren Ablauf von dem genehmigten Kapital kein Gebrauch gemacht werden dürfte, erhebliches Missbrauchspotenzial bergen würde. Einzelne Aktionäre könnten beabsichtigen wollen, sich ihren „Lästigkeitswert“ abkaufen zu lassen und sich auf diesem Weg Sondervorteile zu verschaffen.<sup>23</sup> Ein derartiges Missbrauchspotenzial müsse vermieden werden.<sup>24</sup> Ein Missbrauch der Befugnis des Vorstands zum Bezugsrechtsausschluss sei demgegenüber auch ohne Vorabberichtspflicht nicht zu befürchten, weil ein dichtes Netz der „Nachkontrolle“ bestehe.<sup>25</sup>

Abschließend stellt der Senat fest, dass auch die Zweite Gesellschaftsrechtliche Richtlinie<sup>26</sup> eine Vorabberichtspflicht des Vorstands nicht vorschreibe.<sup>27</sup> Bei Kapitalerhöhungen gegen Sacheinlagen räume die Richtlinie den Aktionären kein Bezugsrecht ein, so dass sich die Frage nach einer Berichtspflicht hier schon gar nicht stelle. Bei Kapitalerhöhungen gegen Bareinlagen sehe die Richtlinie in Art. 29 Abs. 4 zwar die Möglichkeit eines Bezugsrechtsausschlusses und auch eine Berichtspflicht des Vorstands vor. Da aber in Absatz 5 dieser Vorschrift, der die Ermächtigung des Vorstands zu einem Bezugsrechtsausschluss durch die Hauptversammlung regelt, keine Rede von einer Berichtspflicht sei und auch aus dessen Verweisung auf Absatz 4 nichts anderes folge, ordne die Richtlinie keine Vorabberichtspflicht an.<sup>28</sup>

## 2. Stellungnahme

Das Urteil überrascht nicht; es liegt ganz auf der Linie der Siemens/Nold-Entscheidung<sup>29</sup>, in der der Senat bereits klargestellt hat, dass der Vorstand *ex post*, nämlich auf der nächsten ordentlichen Hauptversammlung der Gesellschaft über den Gebrauch der erteilten Ermächtigung zu berichten hat.<sup>30</sup> Wenngleich das Urteil auch keine Überraschung darstellt, so ist es doch insoweit von Bedeutung, als es sich ausdrücklich gegen kritische Stimmen aus dem

---

<sup>22</sup> BGH Der Konzern 2006, 269, 271.

<sup>23</sup> BGH Der Konzern 2006, 269, 271.

<sup>24</sup> BGH Der Konzern 2006, 269, 271.

<sup>25</sup> BGH Der Konzern 2006, 269, 271.

<sup>26</sup> Vgl. Fn. 18.

<sup>27</sup> BGH Der Konzern 2006, 269, 271 f.; kritisch hierzu *Hirte*, EWiR § 203 AktG 1/06, 35 f.

<sup>28</sup> BGH Der Konzern 2006, 269, 272.

<sup>29</sup> Ebenso *Waclawik*, ZIP 2006, 397, 399; *Hirte*, EWiR § 203 AktG 1/06, 35.

<sup>30</sup> BGHZ 136, 133, 140.

Schrifttum wendet, die nach der Siemens/Nold-Entscheidung für einen Vorabbericht des Vorstands plädiert haben.<sup>31</sup>

Dem Urteil ist ohne Einschränkung beizupflichten.<sup>32</sup> Wenn sich der Senat für eine zweite ex ante Berichtspflicht unmittelbar vor der Erhöhung des Kapitals ausgesprochen hätte, dann würde unter Berücksichtigung der Siemens/Nold-Rechtsprechung ein und dieselbe Kapitalmaßnahme im Ergebnis drei Berichtspflichten des Vorstands gegenüber den Aktionären auslösen: Die erste bestünde gemäß §§ 203 Abs. 2 Satz 2, 186 Abs. 4 AktG vor der Beschlussfassung der Hauptversammlung über die Ermächtigung des Vorstands zum Bezugsrechtsausschluss, die zweite wäre die streitgegenständliche Berichtspflicht unmittelbar vor der konkreten Ausnutzung des genehmigten Kapitals, und die dritte Berichtspflicht wäre auf der nächsten ordentlichen Hauptversammlung der Gesellschaft zu erfüllen. Die Anordnung von drei Berichtspflichten für nur eine Kapitalerhöhung würde einen übertriebenen Formalismus darstellen. Dieser würde vorliegend nicht einmal dem Aktionärsschutz dienen, sondern im Gegenteil, wie der Senat zutreffend darlegt, beträchtliche Missbrauchsmöglichkeiten eröffnen.

Gerade bei einem Finanzierungsinstrument wie dem des genehmigten Kapitals, das in besonderem Maße flexibel einsetzbar sein soll, ließe sich ein übertriebener Formalismus schwerlich rechtfertigen. Die Einführung einer Vorabberichtspflicht hätte voraussichtlich die durch Siemens/Nold gewonnene Flexibilisierung, die den Bedürfnissen der Praxis Rechnung trägt, nicht unerheblich eingeschränkt.

### III. Mangusta/Commerzbank II

Durch die zweite Entscheidung in Sachen Mangusta/Commerzbank hebt der Senat das die Klage abweisende Urteil des Berufungsgerichts auf und verweist die Sache zurück. Der Senat wendet sich allerdings nur insoweit gegen das Urteil des Berufungsgerichts, als die Hilfsanträge abgewiesen worden sind. Den klägerischen Hauptantrag weist der Senat demgegenüber wie schon das Berufungsgericht ab. Im Folgenden werden zunächst die tragenden Gründe des Senats dargestellt und erörtert (dazu nachstehend 1.).

---

<sup>31</sup> So insbesondere *Bayer*, in: MünchKomm AktG, 2. Aufl., 2005, § 203 Rn 161; *Hirte*, in: GroßKomm AktG, 4. Aufl., 2001, § 203 Rn. 86 ff.; *Lutter*, JZ 1998, 50, 52; *Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Aufl., 2001, S. 342; *Paefgen*, ZIP 2004, 149, 152 f.; *Sethe*, AG 1994, 343, 351 ff.; gegen eine Vorabberichtspflicht demgegenüber *Hüffer*, AktG, 6. Aufl., 2004, § 203 Rn. 37; *Hefermehl/Bungeroth*, in: Geßler/Hefermehl, AktG, 1993, § 203 Rn. 27; *Krieger*, in: Festschrift für Wiedemann, 2002, S. 1081, 1087 ff.; *Kirchner/Sailer*, NZG 2002, 305, 307; *Paschos*, WM 2005, 356, 359 ff.

<sup>32</sup> Ebenso *Busch*, NZG, 81, 82; *Bungert*, BB, 2005, 2757; *Krämer/Kiefner*, ZIP 2006, 301, 305 f.; *Paschos*, DB 2005, 2731; *Waclawik*, ZIP 2006, 397, 399 f.; kritisch *Hirte*, EWiR § 203 AktG 1/06, 35 f.

Ein besonderes Augenmerk ist aber vor allem auf die Entscheidung über die Hilfsanträge zu richten, da der Senat hier erstmals zur aktienrechtlichen Individualklage in Gestalt der allgemeinen Feststellungsklage detailliert Stellung bezieht. Es sollen zunächst die wesentlichen Gründe des Senats für die Statthaftigkeit einer solchen Klage dargestellt werden (dazu 2.). Anschließend wird die allgemeine Feststellungsklage als Rechtsbehelf einzelner Aktionäre gegen Beschlüsse der Verwaltung über die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals einer gesonderten Untersuchung unterzogen. Dieser ist ein eigenes Kapitel gewidmet (dazu C.)

## **1. Keine Nichtigkeit von Beschlüssen der Verwaltung analog §§ 241 ff. AktG**

### **a) Die Erwägungen des Senats**

Soweit die Klägerin mit ihrem Hauptantrag begehrt, die Beschlüsse des Vorstands und die entsprechenden Zustimmungsbeschlüsse des Aufsichtsrats über die Ausnutzung des genehmigten Kapitals unter Ausschluss des Bezugsrechts für nichtig zu erklären, hält der Senat die Revision für unbegründet. Eine unmittelbare Anwendung der aktienrechtlichen Anfechtungsvorschriften (§§ 241 ff. AktG) scheide aus, weil diese allein für mangelbehaftete Hauptversammlungsbeschlüsse Geltung beanspruchen würden. Das folge schon aus der Überschrift des ersten Abschnitts des siebenten Teils des Aktiengesetzes, die von der Nichtigkeit von *Hauptversammlungsbeschlüssen* spreche.<sup>33</sup> Aber auch eine analoge Anwendung der genannten Vorschriften komme nicht in Betracht, weil eine solche Analogie auf einen „Systembruch des geltenden Aktienrechts“ hinauslaufe.<sup>34</sup> Im Rahmen des aktienrechtlichen Kompetenzgefüges, obliege die Kontrolle des Vorstands dem Aufsichtsrat. Soweit diese Kontrolle wegen eines Zusammenwirkens von Vorstand und Aufsichtsrat „strukturell“ weniger wirksam sei, verbleibe es bei der Rechenschaftspflicht der Mitglieder beider Organe gegenüber der nächsten ordentlichen Hauptversammlung, der möglichen Verweigerung der Entlastung und etwaigen Regress- und Schadensersatzansprüchen. Darüber hinaus stehe den Aktionären gerichtlicher Rechtsschutz in Gestalt einer (vorbeugenden) Klage auf Unterlassung der Eintragung der Maßnahme in das Handelsregister sowie in Gestalt einer Klage auf Feststellung der Pflichtwidrigkeit des Handelns der beiden Organe zur Verfügung.<sup>35</sup>

### **b) Stellungnahme**

Das Urteil bestätigt eine Entscheidung aus dem Jahr 1993, in der der Senat die sinnentsprechende Anwendung der §§ 241 ff. AktG auf fehlerhafte Beschlüsse des Aufsichtsrats einer

---

<sup>33</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 273.

<sup>34</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 273.

<sup>35</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 273.

Aktiengesellschaft bereits abgelehnt hatte<sup>36</sup>. Es wendet sich ausdrücklich gegen eine im Schrifttum vertretene Auffassung, die die §§ 241 ff. AktG auf Beschlüsse der Verwaltung analog angewendet sehen möchten.<sup>37</sup> Dieser Auffassung hat sich der Senat zu Recht<sup>38</sup> nicht angeschlossen. Wenngleich der Entscheidung im Ergebnis zuzustimmen ist, so hätte man bei der Begründung den Akzent etwas anders setzen können.<sup>39</sup> Es hätte u.E. näher gelegen, eine Analogie der §§ 241 ff. AktG schon deswegen abzulehnen, weil es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Dass eine solche Lücke im Bereich der aktienrechtlichen Individualklagen eher fern liegt, zeigt sich insbesondere an der Novellierung des Aktiengesetzes durch das Ende letzten Jahres in Kraft getretene UMAG (Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts<sup>40</sup>). Anliegen dieses Gesetzes ist es nicht zuletzt, die Rechte einzelner Aktionäre hinsichtlich der Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft zu stärken.<sup>41</sup> Die §§ 147 ff. AktG, die diese Materie regeln, setzen für die Geltendmachung solcher Ansprüche stets ein bestimmtes Aktionärsquorum oder eine dem Betrag nach bestimmte Mindestbeteiligung am Grundkapital voraus. Das gilt insbesondere auch für das neue Klagezulassungsverfahren nach § 148 AktG. Individualklagen einzelner Aktionäre mit nur geringem Aktienbesitz, bei denen „der Grund und die Motivation der Klage nicht ernsthaft aus der wirtschaftlichen Beteiligung an der Gesellschaft hergeleitet werden kann“, hält der Gesetzgeber in dem Zusammenhang bewusst nicht für statthaft.<sup>42</sup> Gerichtliche Rechtsbehelfe, die das Aktiengesetz dem Aktionär zur Verfügung stellt, ohne dass deren Ausübung an das Halten einer der Anteilsquote oder dem Betrag nach bestimmten Beteiligung gebunden ist, sind allein die Anfechtungsklage (§ 246 AktG) und die Nichtigkeitsklage (§ 249 AktG). Mit beiden kann sich der Aktionär allerdings nur gegen Beschlüsse der Hauptversammlung nicht aber gegen solche der Verwaltung wenden. Daran hat auch das UMAG nichts geändert.

Eine solche Änderung der Rechtslage durch das UMAG hätte nicht nur nahe gelegen, sondern sich geradezu aufgedrängt, wenn der Gesetzgeber eine Individualklage der Aktionäre gegen Beschlüsse der Verwaltung nach dem Vorbild der §§ 241 ff. AktG tatsächlich gewollt

---

<sup>36</sup> BGH, Urt. v. 17.5.1993 – II ZR 89/92, BGHZ 122, 342.

<sup>37</sup> Namentlich *Baums*, ZGR 1983, 300, 340; *Paefgen*, ZIP 2004, 145, 149 ff., 154 f.; *K. Schmidt*, in: Groß-Komm AktG, 4. Aufl., 1995, § 241 Rn 34 ff. (für Beschlüsse des Aufsichtsrats).

<sup>38</sup> Ebenso *Bungert*, BB 2005, 2757 f; *Paschos*, DB 2005, 2731; *Waclawik*, ZIP 2006, 397, 400 f.; *Krämer/Kiefner*, ZIP 2006, 301, 303.

<sup>39</sup> Kritik an der Begründung üben auch *Hirte*, EWiR § 203 AktG 2/06, 65 f. und *Waclawik*, ZIP 2006, 397, 400, allerdings mit jeweils unterschiedlichen Nuancen.

<sup>40</sup> BGBl. I 2005, S. 2802 ff.

<sup>41</sup> Vgl. BegrRegE BT-Drucks. v. 14.3.2005, S. 19 ff.

<sup>42</sup> BegrRegE BT-Drucks. v. 14.3.2005, S. 20.

hätte. Angesichts der Siemens/Nold-Entscheidung<sup>43</sup>, den Stellungnahmen im Schrifttum zu den Klagemöglichkeiten der Aktionäre wegen Pflichtverletzungen der Verwaltung beim genehmigten Kapital<sup>44</sup> und der ausführlich geführten Debatte über die Inhalte des UMAG, insbesondere über das erforderliche Aktionärsquorum für das Klagezulassungsverfahren<sup>45</sup>, konnte dem Gesetzgeber die Frage nach einer möglichen Klage einzelner Aktionäre gegen Beschlüsse der Verwaltung nicht verborgen geblieben sein. Gleichwohl hat er zu diesem Themenkomplex keine Regelung geschaffen. Vor diesem Hintergrund lässt sich das Vorliegen einer *planwidrigen* Regelungslücke und damit auch eine analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG auf Beschlüsse der Verwaltung kaum rechtfertigen.

Für das Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke spricht weiterhin, dass der Gesetzgeber mit dem UMAG nicht nur beabsichtigt, die prozessuale Geltendmachung von Aktionärsrechten zu erleichtern, sondern auch die Einschränkung der mit Individualklagen verbundenen Missbrauchsmöglichkeiten im Blick hat.<sup>46</sup> Diesem Anliegen trägt das eingeführte Freigabeverfahren nach § 246a AktG Rechnung. Nach dieser Vorschrift kann die Gesellschaft gerichtlich feststellen lassen, dass die Erhebung der Anfechtungsklage der Eintragung der Kapitalerhöhung nicht entgegensteht. Wenn der Gesetzgeber entsprechend der in den §§ 241 ff. AktG getroffenen Regelungen eine weitere zum Missbrauch instrumentalisierbare Individualklage<sup>47</sup> gegen Beschlüsse der Verwaltung tatsächlich für statthaft befinden würde, hätte er spätestens im Rahmen des UMAG eine ausdrückliche Regelung getroffen.

## **2. Zulässigkeit der allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO**

Kernaussage der Entscheidung in Sachen Mangusta/Commerzbank II ist, dass die Klage eines einzelnen Aktionärs auf Feststellung der Nichtigkeit der Beschlüsse des Vorstands und des Aufsichtsrats über die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss wegen unrechtmäßigen, kompetenzüberschreitenden Organhandelns zulässig sein kann. Das Feststellungsbegehren könne zwar nicht im Wege der Nichtigkeitsfeststellungsklage entsprechend § 249 AktG, aber im Wege der allgemeinen Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO geltend gemacht werden. Die Klage sei gegen die Gesellschaft zu richten. Das Rechtsschutzinteresse an einer solchen Klage entfalle auch nicht mit dem Wirksamwerden der Kapi-

---

<sup>43</sup> BGHZ 136, 133 ff.

<sup>44</sup> Vgl. insbesondere Cahn, ZHR 164 (2000), 113 ff.

<sup>45</sup> Vgl. BegrRegE BT-Drucks. v. 14.3.2005, S. 20 f.

<sup>46</sup> BegrRegE BT-Drucks. v. 14.3.2005, S. 20, 29.

<sup>47</sup> So jedenfalls Bungert, BB, 2005, 2757, 2758 f.; Krämer/Kiefner, ZIP 2006, 301, 303, 310; Waclawik, ZIP 2006, 397, 404 („neuer Tummelplatz für Berufskläger“); siehe zum Missbrauchspotenzial einer allgemeinen Feststellungsklage unten C. II. 6.

talerhöhung durch ihre Eintragung in das Handelsregister gemäß §§ 203 Abs. 1, 189 AktG, da die Beschlüsse der Verwaltung im Rahmen eines genehmigten Kapitals nicht durch die Eintragung gemäß §§ 242, 256 Abs. 6 AktG geheilt würden.<sup>48</sup>

Maßgebliche Erwägung für die Zulassung einer solchen Klage ist, dass die durch die Siemens/Nold-Entscheidung bewirkte Erleichterung bei der Herbeiführung eines Ermächtigungsbeschlusses zur Schaffung von genehmigtem Kapital nicht zu einer „unkontrollierten Blankettermächtigung der Geschäftsleitung“ führen dürfe.<sup>49</sup> Der Kompetenzbereich des Vorstands dürfe nicht zu Lasten der Hauptversammlung erweitert werden. Mit der allgemeinen Feststellungsklage stehe den Aktionären eine angemessene, systemkonforme gerichtliche Möglichkeit zur Kontrolle des Organhandelns zur Verfügung. Zwar obliege die Kontrolle des Vorstands grundsätzlich dem Aufsichtsrat. Da dieser an dem fraglichen Vorstandsbeschluss aber selbst mitgewirkt habe, sei diese Kontrolle strukturell weniger effizient.<sup>50</sup>

Die praktische Bedeutung eines Feststellungsurteils liege darin, dass eine erneute Verletzung der Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre in Form eines unrechtmäßigen Bezugsrechtsausschlusses bei einer weiteren Ausschöpfung der erteilten Ermächtigung zur Entscheidung über den Bezugsrechtsausschluss unterbleibe oder etwa bereits eingetretene Schäden kompensiert würden.<sup>51</sup> Schon die bloße Feststellung der Nichtigkeit eröffne dementsprechend die Möglichkeit einer Selbstregulierung der Gesellschaft.<sup>52</sup> Das Urteil könne Aktionären weiterhin als Grundlage konkreter Sekundäransprüche im Klagewege dienen und Anträge in der Hauptversammlung auf Versagung der Entlastung der Verwaltung, auf Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder (§ 103 AktG) oder auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen nach § 147 AktG rechtfertigen.

Die Entscheidung Mangusta/Commerzbank II ist im Schrifttum zum Teil auf Kritik gestoßen.<sup>53</sup> Sie stehe insbesondere mit der Parallelentscheidung Mangusta/Commerzbank I nicht im Einklang, weil diese auf die Verhinderung von Missbrauchspotenzialen gemünzt sei, während die durch Mangusta/Commerzbank II eröffnete Klagemöglichkeit sich geradezu zum

---

<sup>48</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 275.

<sup>49</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 274.

<sup>50</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 275.

<sup>51</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 274.

<sup>52</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 275.

<sup>53</sup> Vgl. *Bungert*, BB, 2005, 2757, 2758 f.; *Krämer/Kiefner*, ZIP 2006, 301, 304 f.; *Paschos*, DB 2005, 2731 f.; *Waclawik*, ZIP 2006, 397, 402 ff.; der Entscheidung Mangusta/Commerzbank II stimmt dagegen zu *Busch*, NZG 2006, 81, 85, 88; *Hirte*, EWiR § 203 AktG 2/06, S. 65, 66.

Missbrauch instrumentalisieren lasse.<sup>54</sup> Angesichts dieser Reaktion im Schrifttum soll die allgemeine Feststellungsklage und deren Einbettung in das Rechtsschutzsystem im Recht des genehmigten Kapitals in einem eigenen Kapitel erörtert werden (nachstehend C.).

### **C. Rechtsschutz der Aktionäre gegen Beschlüsse der Verwaltung im Wege der allgemeinen Feststellungsklage im Recht des genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss**

Bevor die Frage der Zulässigkeit der allgemeinen Feststellungsklage und die Argumente des Senats erörtert werden (dazu II.), sollen zunächst die anderen Rechtsbehelfe skizziert werden, die den Aktionären wegen Pflichtverletzungen der Verwaltung beim genehmigten Kapital mit Bezugsrechtsausschluss zur Verfügung stehen (nachstehend I.).<sup>55</sup> Nur vor diesem Hintergrund kann überprüft werden, ob sich die allgemeine Feststellungsklage in das vorhandene Rechtsschutzsystem einpasst und ob sie zur Effektivierung des Rechtsschutzes der Aktionäre tatsächlich erforderlich ist.<sup>56</sup>

#### **I. Rechtsbehelfe und Ansprüche der Aktionäre**

Eine Anfechtung oder Nichtigkeit pflichtwidriger Beschlüsse der Verwaltung über die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss kommt weder in direkter noch in analoger Anwendung der §§ 241 ff. AktG in Betracht.<sup>57</sup>

Solange das genehmigte Kapital noch nicht in das Handelsregister eingetragen ist oder zumindest die neuen Aktien noch nicht ausgegeben worden sind, kann jeder Aktionär den Vorstand im Wege einer gegen die Gesellschaft gerichteten (vorbeugenden) Unterlassungsklage dazu anhalten, das Bezugsrecht der Aktionäre nicht auszuschließen oder die neuen Aktien nicht auszugeben.<sup>58</sup> Die Unterlassungsklage steht den Aktionären anstelle der in Ermangelung eines Hauptversammlungsbeschlusses nicht gegebenen Anfechtungsklage zur Verfügung.<sup>59</sup> Sie setzt nicht nur eine Kompetenzüberschreitung der Verwaltung, sondern insbesondere auch einen Eingriff in den Kompetenzbereich der Hauptversammlung voraus.<sup>60</sup> Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der Vorstand in seinem Beschluss über die Ausnutzung des

<sup>54</sup> Vgl. *Bungert*, BB, 2005, 2757, 2758 f.; *Krämer/Kiefner*, ZIP 2006, 301, 303, 310; *Waclawik*, ZIP 2006, 397, 404.

<sup>55</sup> Ausführlich hierzu *Cahn*, ZHR 164 (2000), 113-154.

<sup>56</sup> Zweifelnd *Waclawik*, ZIP 2006, 397, 403 f.

<sup>57</sup> Siehe oben, B. III. 1.

<sup>58</sup> BGHZ 136, 133, 141; *Hirte*, in: *GroßKomm AktG* (Fn. 31), § 203 Rn. 130; *Wiedemann*, in: *GroßKomm AktG*, 4. Aufl., 1994, § 182 Rn. 73; *Hüffer* (Fn. 31), § 203 Rn. 39; *Lutter*, in: *Kölner Komm AktG*, 2. Aufl., 1989, § 203 Rn. 44; *Knobbe-Keuk*, in: *Festschrift für Ballerstedt*, 1975, S. 239, 246; *Zöllner*, ZGR 1988, 392, 425 f.; *Kindler*, ZGR 1998, 35, 66 f.; *Cahn*, ZHR 164 (2000), 113, 118.

<sup>59</sup> *Hüffer* (Fn. 31), § 203 Rn. 38; *Lutter*, in: *Kölner Komm AktG* (Fn. 58), § 203 Rn. 31.

<sup>60</sup> *Knobbe-Keuk* (Fn. 58), S. 239, 251 f.; *Zöllner*, ZGR 1988, 392, 426; *Kindler*, ZGR 1998, 35, 66 f.



genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss die durch die Ermächtigung der Hauptversammlung gezogenen Grenzen überschreitet, da die Entscheidung über den Bezugsrechtsausschluss in einem solchen Fall nicht mehr von der derivativen Kompetenz des Vorstands gedeckt ist, sondern gemäß § 186 Abs. 3 AktG originär in den Kompetenzbereich der Hauptversammlung fällt. Jeder Aktionär kann außerdem gegen die Gesellschaft Unterlassungsklage mit der Begründung erheben, der vom Vorstand in seinem Beschluss festgesetzte Ausgabekurs der jungen Aktien, die unter Ausschluss des Bezugsrechtsausschluss ausgegeben werden sollen, sei unangemessen niedrig im Sinne des § 255 Abs. 2 AktG.<sup>61</sup>

Neben einer etwaigen Unterlassungsklage kann jeder Aktionär im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gemäß §§ 935, 940 ZPO analog eine Unterlassungsverfügung erwirken, um sein Bezugsrecht zu sichern.<sup>62</sup>

Sobald die Kapitalerhöhung allerdings in das Handelsregister eingetragen ist und die jungen Aktien unter Ausschluss des Bezugsrechts ausgegeben worden sind, wird die Wirksamkeit der durchgeführten Kapitalerhöhung und der durch sie geschaffenen neuen Mitgliedschaftsrechte nicht durch die Pflichtwidrigkeit der Verwaltungsentscheidung berührt.<sup>63</sup> Eine Rückabwicklung der Kapitalerhöhung im Wege der Naturalrestitution<sup>64</sup> kommt nur in den seltenen Ausnahmefällen in Betracht, in denen dem Inferenten aufgrund eines Zusammenwirkens mit Vorstand und Aufsichtsrat eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung der Altaktionäre vorgeworfen werden kann.<sup>65</sup>

Die durch den rechtswidrigen Bezugsrechtsausschluss in ihrem Mitgliedschaftsrecht verletzten Aktionäre können aber auf andere Weise gegen die Verwaltung vorgehen: Sie können zunächst in der Hauptversammlung, in der der Vorstand über die Ausnutzung des genehmigten Kapitals Bericht erstattet, Kritik an der Verwaltungsentscheidung üben und versuchen, die anderen Aktionäre von der Notwendigkeit einer Verweigerung der Entlastung der Verwaltung zu überzeugen. Für den Fall, dass die Hauptversammlung Vorstand und Aufsichtsrat entlastet, ist jeder Aktionär berechtigt, den Beschluss über die Entlastung gemäß § 243 AktG wegen schwerwiegender inhaltlicher Mängel anzufechten.<sup>66</sup> Dieses Anfechtungsrecht wird

---

<sup>61</sup> Bayer, ZHR 163 (1999), 505, 522; *Hirte*, in: GroßKomm AktG (Fn. 31), § 203 Rn. 131.

<sup>62</sup> *Hüffer* (Fn. 31), § 203 Rn. 39; *Wiedemann*, in: GroßKomm AktG (Fn. 58), § 186 Rn. 101; dazu *Cahn*, ZHR 164 (2000), 113, 118 und jüngst *Krämer/Kiefner*, ZIP 2006, 301, 307 ff.

<sup>63</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 275; *Hirte*, in: GroßKomm AktG (Fn. 31), § 203 Rn. 128.

<sup>64</sup> Hierzu grundlegend *Cahn*, ZHR 164 (2000), 113, 143 ff.

<sup>65</sup> *Cahn*, ZHR 164 (2000), 113, 143; *Hirte*, in: GroßKomm AktG (Fn. 31), § 203 Rn. 128.

<sup>66</sup> BGHZ 153, 47, 51; 62, 193, 194 f.; *Semler*, in: MünchHdB AG (Fn. 87), § 34 Rn. 32; *Hüffer* (Fn. 31), § 120 Rn. 12; *Zöllner*, in: Kölner Komm AktG, 1. Aufl., 1985, § 120 Rn. 47; wohl auch *Mülbert*, in: Groß-

dem Aktionär insbesondere nicht aufgrund der Regelung des § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG genommen.<sup>67</sup> Der anfechtende Aktionär kann im Rahmen eines solchen Verfahrens die Auffassung vertreten, dem Entlastungsbeschluss liege deswegen ein schwerwiegender Fehler zugrunde, weil die Verwaltung das genehmigte Kapital unter Bezugsrechtsausschluss pflichtwidrig und insbesondere unter Überschreitung ihrer aktienrechtlichen Kompetenzen ausgenutzt und damit den Kompetenzbereich der Hauptversammlung eingegriffen habe.

Darüber hinaus können die Mitglieder des Aufsichtsrats gemäß § 103 Abs. 1 AktG durch Beschluss der Hauptversammlung, der mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen bedarf, abberufen werden. Mit einfacher Stimmenmehrheit kann die Hauptversammlung gemäß § 147 Abs. 1 AktG ferner Beschluss darüber fassen, ob gegen die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat Schadensersatzansprüche der Gesellschaft nach §§ 93, 116 AktG geltend gemacht werden. Unter den Voraussetzungen des durch das UMAG neugefassten § 148 Abs. 1 AktG können die Aktionäre nunmehr derartige Ansprüche auch im eigenen Namen geltend machen. Ein Klagezulassungsverfahren nach dieser Vorschrift können Aktionäre schon dann beantragen, wenn ihre Anteile im Zeitpunkt der Antragstellung zusammen den einhundertsten Teil des Grundkapitals oder dem Betrag nach EUR 100.000 erreichen. Damit ist die praktische Durchsetzung der Ersatzansprüche der Gesellschaft im Vergleich zu der Durchsetzung solcher Ansprüche nach der Vorgängerregelung (§ 147 Abs. 3 a.F. AktG)<sup>68</sup> für Minderheitsaktionäre erheblich erleichtert worden.<sup>69</sup>

Eigene Schadensersatzansprüche der Aktionäre gegen die Gesellschaft bestehen nach h.L. aus §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB; der Gesellschaft stehen insoweit gemäß §§ 93, 116 AktG Regressansprüche gegen die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat zu.<sup>70</sup> Schäden der Aktionäre kann die Gesellschaft allerdings nur mit solchen Mitteln ausgleichen, die nicht zum Zweck des Schutzes der Gesellschaftsgläubiger gemäß § 57 AktG an die Gesellschaft gebun-

---

Komm AktG, 4. Aufl., 1999, § 120 Rn. 121; a.A. *Kubis*, in: MünchKomm AktG, 2. Aufl., 2004, § 120 Rn. 47.

<sup>67</sup> BGHZ 153, 47, 51; *Hüffer* (Fn. 31), § 120 Rn. 12.

<sup>68</sup> Vgl. hierzu *Ulmer*, ZHR 163 (1999), 290, 292 ff; *Krieger*, ZHR 163 (1999), 343, 351; *Cahn*, ZHR 164 (2000), 113, 119.

<sup>69</sup> Vgl. BegrRegE BT-Drucks. v. 14.3.2005, S. 20.

<sup>70</sup> *Busch*, NZG 2006, 81, 88; *Lutter*, in: Kölner Komm (Fn. 58), § 186 Rn. 41, § 203 Rn. 47; *Wiedemann*, in: GroßKomm AktG (Fn. 58), § 186 Rn 76, 103; *Hüffer* (Fn. 31), § 186 Rn. 18; berechnete Bedenken hinsichtlich der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber der Gesellschaft demgegenüber bei *Cahn*, ZHR 164 (2000), 113, 149, 150 f.

den sind.<sup>71</sup> Hierzu gehören insbesondere die freien Gewinnrücklagen und etwaige Gewinnvorträge.<sup>72</sup>

Unmittelbare Ersatzansprüche der Aktionäre gegen die verantwortlichen Organmitglieder können sich auf deliktsrechtlicher Grundlage ergeben.<sup>73</sup>

## **II. Die Allgemeine Feststellungsklage im Rahmen des aktienrechtlichen Rechtsschutzsystems**

Nachdem nunmehr das im Recht des genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss geltende Rechtsschutzsystem und die in Betracht kommenden Ansprüche der Aktionäre aufgezeigt worden ist, soll im Folgenden der Frage nach der Zulässigkeit der allgemeinen Feststellungsklage im Rahmen dieses Systems nachgegangen werden (dazu nachstehend 1. bis 4.). Weiterhin sollen die rechtliche und praktische Bedeutung eines Feststellungstitels für den klagenden Aktionär sowie ein etwaiges Missbrauchspotenzial der Feststellungsklage untersucht werden (dazu 5. und 6.).

### **1. Rechtsverhältnis**

Eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO setzt das Bestehen eines Rechtsverhältnisses voraus. Dieses muss nach allgemeiner Meinung nicht unbedingt zwischen den Parteien des Rechtsstreits bestehen; es kann auch zu einem Dritten oder zwischen Dritten bestehen, solange es nur für die Rechtsbeziehungen der Parteien untereinander von Bedeutung ist und der Kläger ein berechtigtes Interesse an der Feststellung gerade gegenüber dem Beklagten hat.<sup>74</sup> In seinen Ausführungen zum Rechtsverhältnis weist der Senat darauf hin, dass das festzustellende Rechtsverhältnis nicht unmittelbar zwischen den Parteien, also zwischen dem klagenden Aktionär und der beklagten Gesellschaft, bestehen müsse.<sup>75</sup> Der Senat stellt indessen sodann darauf ab, dass eine rechtswidrige Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss die Stellung des Klägers als Aktionär und damit sein Rechtsverhältnis zur Gesellschaft berühre.<sup>76</sup>

Das trifft zu, da der Vorstand in seiner Funktion als Organ der Gesellschaft von dem genehmigten Kapital mit Bezugsrechtsausschluss Gebrauch macht.<sup>77</sup> Handelt er dabei pflichtwidrig und bewegt sich dementsprechend außerhalb der durch den Ermächtigungsbeschluss gezoge-

<sup>71</sup> Wiedemann, in: GroßKomm AktG (Fn. 58), Vor § 182 Rn 74, Cahn, ZHR 164 (2000), 113, 149.

<sup>72</sup> Cahn, ZHR 164 (2000), 113, 149; Senger/Vogelmann, AG 2002, 193, 198 ff.

<sup>73</sup> Vgl. Cahn, ZHR 164 (2000), 113, 123 ff., 132 f., 151 (§ 823 Abs. 1 BGB); Lutter, in: Kölner Komm (Fn. 58), § 186 Rn. 41 (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB); Wiedemann, in: GroßKomm AktG (Fn. 58), § 186 Rn 103 (§ 826 BGB).

<sup>74</sup> BGH NJW 1994, 459; Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 26. Aufl., 2004, § 256 Rn. 9.

<sup>75</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 274.

<sup>76</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 274.

<sup>77</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 274.

nen Grenzen, überschreitet er seinen Kompetenzbereich und greift in den der Aktionäre ein. Daher betrifft die Frage nach der Wirksamkeit der Beschlüsse der Verwaltung über den Bezugsrechtsausschluss das Mitgliedschaftsrecht der Aktionäre und damit deren Rechtsverhältnis zum Verband. Um die Feststellung eines Drittverhältnisses geht es daher vorliegend nicht.

## **2. Rechtliches Interesse**

Ein rechtliches Interesse an der Feststellung des Rechtsverhältnisses liegt nach Auffassung des Senats vor, weil der Aktionär im Fall der Feststellung der Nichtigkeit der Beschlüsse der Verwaltung die begründete Aussicht habe, dass die Gesellschaftsorgane hieraus die notwendigen Folgerungen ziehen.<sup>78</sup> Namentlich weist der Senat darauf hin, dass künftige Verletzungen der Mitgliedschaftsrechte bei einer etwaigen weiteren Ausschöpfung der erteilten Ermächtigung unterbleiben und etwa bereits eingetretene Schäden kompensiert würden.<sup>79</sup>

### **a) Signalwirkung**

Der zuerst genannte Ansatz bringt eine Erwägung zum Ausdruck, mit der an sich bei nahezu jeder Feststellungsklage ein rechtliches Interesse dargelegt werden kann. Dass sich ein pflichtwidrig Handelnder durch ein Feststellungsurteil in Zukunft bei Vorliegen ein und derselben Situation zu rechtstreuem Verhalten veranlasst sieht, ist zwar denkbar. Ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Pflichtwidrigkeit wird durch diese bloß vage Hoffnung grundsätzlich nicht begründet. Letztlich kann man dem Ansatz des Senats aber aus folgendem Grund dennoch folgen.

Ein Urteil, das ein kompetenzüberschreitendes und damit pflichtwidriges Verhalten der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft feststellt, hat für diese Organe grundlegende Signalwirkung und wird bei deren zukünftigen Entscheidungen über die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals Spuren hinterlassen. Verwaltungsorgane, deren Entscheidung in der Vergangenheit gerichtlich als kompetenzüberschreitend qualifiziert worden sind, werden ohne Zweifel ihre zukünftigen Entscheidungen, die ähnliche Sachlagen zum Gegenstand haben, einer besonders intensiven Überprüfung unterziehen. Dieser Umstand rechtfertigt vorliegend ausnahmsweise das Bestehen eines Feststellungsinteresses, wenn gleich zuzugeben ist, dass der vom Senat an den Begriff des rechtlichen Interesses angelegte Maßstab doch sehr großzügig ist.

---

<sup>78</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 274.  
<sup>79</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 274.

Vor diesem Hintergrund spielt es für die Frage des Feststellungsinteresses auch keine Rolle, ob der Vorstand die Ermächtigung im Zusammenhang mit der betreffenden Kapitalerhöhung endgültig ausgeschöpft hat oder die Fünfjahresfrist, die § 202 Abs. 2 AktG als Obergrenze für ein genehmigtes Kapital vorsieht, abgelaufen ist, bevor ein Aktionär ein rechtskräftiges Feststellungsurteil erwirkt. Entscheidend zur Begründung des Feststellungsinteresses ist allein, dass der Vorstand Entscheidungen über die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals in Zukunft generell und nicht nur auf der Grundlage des streitgegenständlichen Ermächtigungsbeschlusses einer vergleichsweise sorgfältigeren Prüfung unterzieht.

## **b) Sekundäransprüche und Rechte in der Hauptversammlung**

Der zweite Ansatz des Senats, demzufolge ein rechtliches Interesse deswegen gegeben sei, weil die Gesellschaft durch ihre Organe etwa bereits eingetretene Schäden kompensieren werde, hilft allerdings u.E. nicht weiter, weil auf der Grundlage eines gegen die Gesellschaft gerichteten Feststellungsurteils kein Schadensersatz an den klagenden Aktionär zu leisten ist.

Nach Auffassung des Senats könne das Feststellungsurteil auch eine Grundlage für die Geltendmachung konkreter Sekundäransprüche im Klagewege bilden sowie Anträge in der Hauptversammlung auf Versagung der Entlastung der Verwaltung, auf Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder oder auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen nach § 147 AktG rechtfertigen.<sup>80</sup> Auch eine solche Verwendungsmöglichkeit des Feststellungsurteils ist indessen ungeeignet, ein Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 ZPO zu rechtfertigen. Denn weder für die gerichtliche Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen<sup>81</sup> noch für die Stellung der genannten Anträge in der Hauptversammlung bedarf es *von Rechts wegen* eines Feststellungstitels. Etwaige vertragliche oder deliktische Schadensersatzansprüche setzen das Vorliegen eines Feststellungsurteils genauso wenig voraus wie die vom Senat zur Begründung des rechtlichen Interesses erwogenen aktienrechtlichen Regelungen der §§ 103, 120, 147 ff. AktG. Möglicherweise ist es unter Vorlage eines Feststellungsurteils zwar einfacher, in der Hauptversammlung die für den Erfolg der genannten Anträge erforderlichen Aktionärsquoten für sich zu gewinnen. Da ein rechtliches Interesse aber nur gegeben sein kann, wenn einem Recht des Klägers oder einer Rechtslage eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht<sup>82</sup>, spielen derartige ausschließlich praktische Gesichtspunkte für die Frage der Zulässigkeit einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO grundsätzlich keine Rolle. Dementsprechend lässt

---

<sup>80</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 274.

<sup>81</sup> Siehe dazu oben, I.

<sup>82</sup> BGH NJW 1998, 3055, 3056; Lücke, in: MünchKomm ZPO, 2. Aufl., 2000, § 256 Rn. 37.

sich mit Hilfe des Umstands, dass die Gewinnung eines bestimmten Aktionärsquorums bei Vorlage eines Feststellungsurteils einfacher ist, ein *rechtliches* Interesse gerade nicht begründen.

### **3. Gegenüberstellung von Anfechtungsklage (§ 243 AktG) und allgemeiner Feststellungsklage (§ 256 ZPO)**

Nach Auffassung des Senats stehen dem einzelnen Aktionär keine speziellen aktienrechtlichen Klagemöglichkeiten für die Austragung eines Streits über die Nichtigkeit eines Verwaltungsbeschlusses zur Verfügung. Die allgemeine Feststellungsklage schließe diese vom Gesetzgeber gelassene Lücke.<sup>83</sup> Anders als die aktienrechtliche Anfechtungsklage würde die Statthaftigkeit der allgemeinen Feststellungsklage keinen Systembruch des geltenden Aktienrechts bedeuten.

Eine Gegenüberstellung beider Klagearten zeigt allerdings, dass sich diese nicht derart unterscheiden, dass man einerseits die Anwendung der Anfechtungsklage analog §§ 241 ff. AktG als einen „Systembruch des geltenden Aktienrechts“ abqualifizieren und andererseits der allgemeinen Feststellungsklage die Attribute „angemessen“ und „systemkonform“<sup>84</sup> verleihen kann:

Vor Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister bewirkt eine Anfechtung des der Kapitalerhöhung zugrunde liegenden Hauptversammlungsbeschlusses nach § 243 Abs. 1 AktG zwar keine Registersperre<sup>85</sup>; der Registerrichter kann aber gemäß § 127 FGG die Entscheidung über die Eintragung aussetzen.<sup>86</sup> Eine solche Aussetzungsentscheidung muss der Registerrichter aber auch dann treffen, wenn vor Eintragung der Kapitalerhöhung mangels Hauptversammlungsbeschlusses nicht dessen Wirksamkeit, sondern die Nichtigkeit der Beschlüsse der Verwaltung über die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals in Frage steht. Denn bei Nichtigkeit dieser Beschlüsse ist der Registerrichter verpflichtet, die Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung abzulehnen.<sup>87</sup> Das gilt zwar unabhängig davon, ob eine Klage gerichtet auf die Feststellung der Nichtigkeit der Verwaltungsbeschlüsse erhoben wor-

---

<sup>83</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 275.

<sup>84</sup> So aber der BGH Der Konzern 2006, 272, 273, 274.

<sup>85</sup> Daran hat die Einführung des Freigabeverfahrens nach § 246a AktG nichts geändert. Eine Registersperre ist keine zwingende Voraussetzung für ein Freigabeverfahren, BegrRegE BT-Drucks. v. 14.3.2005, S. 27.

<sup>86</sup> Hüffer (Fn. 31), § 243 Rn. 53; Hirte, in: GroßKomm AktG (Fn. 31), § 202 Rn. 119.

<sup>87</sup> Hirte, in: GroßKomm (Fn. 31), § 204 Rn. 20; Hüffer (Fn. 31), § 204 Rn. 9; Krieger, in: MünchHdb AG, 2. Aufl., 1999, § 58 Rn. 57; a.A. Lutter, in: Kölner Komm AktG, (Fn. 58), § 204 Rn. 24 f.

den ist oder nicht. Eine erhobene Feststellungsklage wird den Registerrichter aber immerhin bezüglich der Frage der Wirksamkeit der Verwaltungsbeschlüsse sensibilisieren.<sup>88</sup>

Nach Erhebung einer Anfechtungsklage kann die Gesellschaft eine Eintragung der Kapitalmaßnahme im Wege des Freigabeverfahrens gemäß § 246a AktG erreichen. Da der Gesetzgeber mit diesem Verfahren nicht zuletzt beabsichtigt, missbräuchliche Ausübungen des Anfechtungsrechts zu Lasten der Gesellschaft zu beschränken<sup>89</sup> und dieser Zweck ebenso im Fall einer Feststellungsklage Geltung beansprucht, wird eine Freigabe analog § 246a AktG auch hier möglich sein.

Wenn infolge einer solchen Freigabe die Kapitalerhöhung eingetragen wird, ist diese endgültig wirksam. Ein späterer Erfolg von Feststellungs- oder Anfechtungsklage ändert hieran nichts. Das ist in § 246a Abs. 4 Satz 2 AktG für die Anfechtungsklage ausdrücklich geregelt. Für den Fall der Feststellungsklage hat der Senat in dem Zusammenhang klargestellt, dass nichtige Entscheidungen der Verwaltung die Wirksamkeit der durchgeführten und eingetragenen Kapitalerhöhung nicht berühren.<sup>90</sup> Dementsprechend bestehen zwischen den beiden Klagearten insoweit in praktischer Hinsicht keine Unterschiede.

Sie unterscheiden sich lediglich in Hinblick auf die Bindungswirkung der mit ihnen verbundenen Urteile. Infolge der Anfechtungsklage ergeht ein Gestaltungsurteil, das gemäß § 248 AktG materielle Rechtskraft gegenüber allen Aktionären sowie den Mitgliedern von Vorstand und Aufsichtsrat entfaltet. Demgegenüber wirkt das Feststellungsurteil nach § 256 ZPO nur zwischen den Parteien; § 248 AktG soll nach Auffassung des Senats gerade keine analoge Anwendung finden.<sup>91</sup>

Diese unterschiedliche Bindungswirkung ist nur schwerlich geeignet, die von Senat getroffene Kategorisierung der beiden Klagearten in systemwidrig und systemkonform zu rechtfertigen. Das folgt schon daraus, dass ein Aktionär die Frage der Pflichtwidrigkeit des Handelns der Verwaltung bei Ausnutzung eines genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss auch durch Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses über die Entlastung der Verwaltung zum Gegenstand gerichtlicher Überprüfung machen kann. Ein solcher Hauptversammlungsbeschluss kann von jedem Aktionär gemäß § 243 AktG mit der Begründung angefoch-

---

<sup>88</sup> Vgl. *Busch*, NZG 2006, 81, 83.

<sup>89</sup> BegrRegE BT-Drucks. v. 14.3.2005, S. 29.

<sup>90</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 275.

<sup>91</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 273.

ten werden, er leide an einem schwerwiegenden inhaltlichen Fehler.<sup>92</sup> Das infolge einer solchen Klage ergehende Urteil hat gemäß § 248 AktG unstreitig Wirkung inter omnes.

Warum demgegenüber ein Feststellungsurteil, das dieselben aktienrechtlichen Fragen zum Gegenstand hat, eine solche Wirkung nicht haben soll, leuchtet kaum ein. Gerade eine Aktionärsklage, die ein pflichtwidriges kompetenzüberschreitendes Organverhalten betrifft, sollte materielle Rechtskraft gegenüber allen Mitgliedern der betroffenen Organe entfalten. Hierzu gehören aber alle Mitglieder der beschlussfassenden Verwaltungsorgane sowie alle Aktionäre und nicht nur der klagende Aktionär einerseits und die Gesellschaft andererseits. Ohne eine umfassende Bindungswirkung in diesem Sinne wären sich widersprechende Urteile über ein und dieselbe Rechtsfrage möglich, die für die Gesellschaft und deren Organe von grundlegender Bedeutung ist.

#### **4. Kompensation eines Kontrolldefizits**

Unabhängig von den vorstehenden Überlegungen über die Reichweite der materiellen Rechtskraft, die ein Feststellungsurteil über die Nichtigkeit von Beschlüssen der Verwaltung über die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss haben sollte, stellt sich vor allem die Frage, ob eine Feststellungsklage in solchen Fällen aus besonderen aktienrechtlichen Gründen geboten ist. Der Senat bejaht diese Frage, weil ohne eine derartige Klagemöglichkeit im Aktienrecht ein Kontrolldefizit entstünde. Dieses beruhe zum einen auf der mit der Siemens/Nold-Entscheidung verbundenen Lockerung der präventiven Schranken bei der Schaffung eines genehmigten Kapitals<sup>93</sup> und zum anderen auf einem strukturellen Mangel in der Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat<sup>94</sup>. Nur die erste der beiden Erwägungen kann die Statthaftigkeit der allgemeinen Feststellungsklage u.E. begründen.

##### **a) Defizit an gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten**

Der Senat hat aufgrund der durch die Siemens/Nold-Entscheidung bewirkten Erleichterung bei der Herbeiführung eines Ermächtigungsbeschlusses zur Schaffung von genehmigtem Kapital das Bestehen eines Kontrolldefizits festgestellt. Angesichts der Lockerung der präventiven Schranken müsse den Aktionären eine angemessene, systemkonforme gerichtliche Kontrollmöglichkeit zur Verfügung gestellt werden.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> Siehe hierzu oben I.

<sup>93</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 274.

<sup>94</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 273, 275.

<sup>95</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 274.



Den Aktionären stehen im Ergebnis zwar vier gerichtliche Kontrollinstrumente zur Verfügung, um das Verhalten der Verwaltung bei Ausnutzung eines genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss gerichtlich überprüfen zu lassen: Sofern Aktionäre durch den Bezugsrechtsausschluss etwaige Verwässerungsschäden erlitten haben, kann jeder Aktionär gegen die Gesellschaft Ersatzansprüche nach §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB einklagen oder direkt gegen die handelnden Organe deliktsrechtliche Ansprüche geltend machen.<sup>96</sup> Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen die vermeintlich pflichtwidrig handelnden Organe aus §§ 116, 93 AktG können Aktionäre im eigenen Namen unter den Voraussetzungen des § 148 AktG gerichtlich durchsetzen. Darüber hinaus ist jeder Aktionär berechtigt, in der ordentlichen Hauptversammlung, in der der Vorstand über die Ausnutzung des genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss berichtet, Kritik an dem Verhalten des Vorstands zu üben und, falls die Mitglieder der Verwaltung trotz dieser Kritik von der Hauptversammlung entlastet werden, den Beschluss über die Entlastung anzufechten.<sup>97</sup>

In allen vier Fällen hat das Gericht zu überprüfen, ob sich die Verwaltung bei Ausnutzung des genehmigten Kapitals im Rahmen der durch den Ermächtigungsbeschluss vorgegebenen Grenzen gehalten hat. Angesichts dieser gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten könnte man daher der Auffassung sein, dass ein engmaschiges gerichtliches Kontrollsystem vorliege, das für eine weitere im Wege der Rechtsfortbildung geschaffene Klagemöglichkeit keinen Raum lasse.

Dabei würde man aber übersehen, dass alle Rechtsbehelfe nur eine inzidente gerichtliche Kontrolle der Verwaltungsentscheidung ermöglichen. Eine direkte Überprüfung der Verwaltungsbeschlüsse auf ihre Rechtmäßigkeit hin ist mit Hilfe der genannten Kontrollinstrumente gerade nicht möglich. Dieses Kontrolldefizit wird durch die Zulassung der allgemeinen Feststellungsklage behoben. Mit ihr lässt sich der gerichtliche Rechtsschutz im Recht des genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss auf die Frage der Pflichtwidrigkeit des Handelns der Verwaltungsorgane fokussieren. Aktionäre werden angesichts der bestehenden Option, die Nichtigkeit von Verwaltungsbeschlüssen gerichtlich feststellen zu lassen, insbesondere nicht voreilig zu einem möglicherweise aussichtslosen Schadensersatzprozess gedrängt, zumal sich die Darlegung eines Schadens für den einzelnen Aktionär mitunter als schwierig wenn nicht sogar als unmöglich erweist.

---

<sup>96</sup> Siehe hierzu oben, I.

<sup>97</sup> Siehe auch hierzu oben, I.

Für die Zulassung eines solchen auf die Frage der Pflichtwidrigkeit der Verwaltungsentscheidung fokussierten gerichtlichen Rechtsschutzes spricht weiterhin, dass die allgemeine Feststellungsklage vorliegend die Anfechtungsklage gegen den Ermächtigungsentschluss substituiert.<sup>98</sup> Diese Substitution beruht auf der Siemens/Nold-Rechtsprechung des Senats, durch die die Herbeiführung eines rechtmäßigen Ermächtigungsbeschlusses wesentlich erleichtert worden ist.<sup>99</sup> Da mit einer solchen Erleichterung allerdings zugleich ein ganz erheblicher Verlust der Bedeutung der Anfechtungsklage als Kontrollinstrument wegen inhaltlicher Mängel verbunden ist<sup>100</sup>, bedarf es eines anderen Kontrollinstrumentes, mit dessen Hilfe sich wie bei der Anfechtungsklage die Frage der Rechtswidrigkeit eines Bezugsrechtsausschlusses in konzentrierter Form gerichtlicher Klärung zuführen lässt. Dieses Kontrollinstrument sieht der Senat zu Recht in der allgemeinen Feststellungsklage.

#### **b) Kein Versagen des aktienrechtlichen Kontrollsystems**

Der Senat legitimiert die Statthaftigkeit der allgemeinen Feststellungsklage schließlich damit, dass das aktienrechtliche Kontrollsystem im Fall des genehmigten Kapitals „strukturell weniger effizient“ sei. Dieses strukturelle Kontrolldefizit bestehe deswegen, weil der Aufsichtsrat, dem in erster Linie die Kontrolle des Vorstands obliege, an dem Vorstandsbeschluss über die Ausnutzung des genehmigten Kapitals selbst mitgewirkt habe.<sup>101</sup>

Unter diesem Gesichtspunkt lässt sich die Zulässigkeit der allgemeinen Feststellungsklage u.E. allerdings nicht rechtfertigen. Der Aufsichtsrat muss dem Vorstandsbeschluss über die Ausnutzung des genehmigten Kapitals zwar gemäß § 204 Abs. 1 Satz 2 AktG zustimmen, um ihm zu seiner Wirksamkeit zu verhelfen.<sup>102</sup> Das Bestehen eines solchen Zustimmungserfordernisses hat aber kein strukturelles Kontrolldefizit zur Folge. Denn wie sich schon aus dem Wortlaut des § 204 Abs. 1 Satz 2 AktG ergibt, entscheidet über die Ausübung der Ermächtigung allein der Vorstand; der Aufsichtsrat stimmt lediglich zu oder versagt seine Zustimmung. Damit unterliegt die Entscheidung des Vorstands aber gerade einer besonders intensiven Kontrolle durch den Aufsichtsrat.<sup>103</sup> Denn ausnahmsweise möchte der Gesetzgeber hier wie in den Fällen der Zustimmungsvorbehalte nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG eine Maßnah-

---

<sup>98</sup> Wiedemann, in: GroßKomm AktG (Fn. 58), § 182 Rn. 73 a.E.; Hüffer (Fn. 31), § 203 Rn. 38; Lutter, in: Kölner Komm AktG (Fn. 58), § 203 Rn. 44.

<sup>99</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 274.

<sup>100</sup> Vgl. Hüffer (Fn. 31), § 203 Rn. 31; Cahn ZHR 163 (1999), 554, 569 ff.; ders. ZHR 164 (2000), 113, 116

<sup>101</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 275.

<sup>102</sup> Hüffer (Fn. 31), § 204 Rn. 6.

<sup>103</sup> Waclawik, ZIP 2006, 397, 401.

me des Vorstands schon präventiv durch den Aufsichtsrat überwacht wissen<sup>104</sup>. Demgemäß hat der Senat selbst schon in seiner Siemens/Nold-Entscheidung das Erfordernis der Zustimmung des Aufsichtsrats als Kontrollmaßnahme qualifiziert.<sup>105</sup>

Aus diesem Grund ist vorliegend nicht davon auszugehen, dass die vom Aufsichtsrat wahrgenommene Kontrolle etwa „strukturell weniger effizient“ wäre. Zu befürchten ist allenfalls, dass der Aufsichtsrat seine Kontrollaufgabe nicht pflichtgemäß erfüllt. Das ist jedoch keine Besonderheit im Recht des genehmigten Kapitals, sondern ein Phänomen, das bei jeder Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats auftreten kann. Ein solch allgemeines aktienrechtliches Phänomen kann die Zulässigkeit einer dem Aktienrecht grundsätzlich fremden Klage aber nicht begründen.<sup>106</sup> Für die Fälle des Versagens der Mitglieder des Aufsichtsrats sieht das Aktiengesetz eigene Rechtsbehelfe der Aktionäre vor. Namentlich zu nennen sind die Verweigerung der Entlastung, die Abberufung der Mitglieder des Aufsichtsrats (§ 103 AktG) oder die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft nach § 116 AktG gegen die verantwortlichen Aufsichtsratsmitglieder auf Grundlage der §§ 147 ff. AktG.

## **5. Rechtliche und praktische Bedeutung des Feststellungstitels für den Aktionär**

Angesichts des bisherigen Befunds, nach dem eine allgemeine Feststellungsklage gegen Verwaltungsbeschlüsse über die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss zulässig ist<sup>107</sup>, wird im Folgenden die rechtliche und praktische Bedeutung des von einem Aktionär erstrittenen Feststellungstitels aufgezeigt.

Der Senat stellt zunächst klar, dass eine Feststellung der Nichtigkeit der Verwaltungsbeschlüsse über die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals die bereits durchgeführte Kapitalerhöhung und die damit entstandenen neuen Mitgliedschaftsrechte in ihrer Wirksamkeit unberührt lässt.<sup>108</sup> Die Kapitalerhöhung wird nicht rückabgewickelt.<sup>109</sup>

Soweit der Senat ausführt, ein Aktionär habe die begründete Aussicht, dass die Gesellschaftsorgane aus dem Feststellungsurteil die notwendigen Folgerungen ziehen und sich dementsprechend im Rahmen einer etwaigen weiteren Ausschöpfung der erteilten Ermächtigung nunmehr pflichtgemäß verhalten würden, ist darauf hinzuweisen, dass die Verwaltung wegen der zeitlichen Dimension zumindest was die streitgegenständliche Ermächtigung

---

<sup>104</sup> Hüffer (Fn. 31), § 111 Rn. 16.

<sup>105</sup> BGHZ 136, 133, 140.

<sup>106</sup> So wohl auch Waclawik, ZIP 2006, 397, 401.

<sup>107</sup> Siehe oben 2.a) und 4.a).

<sup>108</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 275.

<sup>109</sup> Bungert, BB 2005, 2757, 2758.

selbst anbetrifft, hierzu selten Gelegenheit erhalten wird. Bis ein rechtskräftiger Feststellungstitel vorliegt, wird in den meisten Fällen die Fünfjahresfrist für die Ausnutzung des genehmigten Kapitals nach § 202 Abs. 1 AktG bereits abgelaufen sein. Ein Feststellungstitel wird daher vor allem bei zukünftigen Entscheidungen der Verwaltung über die Ausübung neuer Ermächtigungen zur Durchführung von Kapitalerhöhungen eine wesentliche Rolle spielen. Darin liegt die zentrale praktische Bedeutung eines Feststellungstitels.

Dass sich etwa bereits eingetretene Schäden der Aktionäre mit Hilfe eines Feststellungstitels nicht kompensieren lassen, versteht sich von selbst. Ein solcher Titel kann allenfalls als Grundlage für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen die Gesellschaft oder gegen die verantwortlichen Organe Verwendung finden.<sup>110</sup> Benötigt wird ein solcher Titel hierfür allerdings nicht. Unter prozessökonomischen Gesichtspunkten ist eine direkte Leistungsklage der Aktionäre sogar die schnellere Variante, um von der Gesellschaft oder den Organen Ersatz für etwaige Schäden zu erlangen.<sup>111</sup>

Auch für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen die verantwortlichen Organe aus §§ 116, 93 AktG nach den §§ 147 ff. AktG bedarf es keines gerichtlichen Titels, der die Nichtigkeit der Verwaltungsbeschlüsse feststellt. Ein derartiger Titel wird es allerdings erleichtern, in der Hauptversammlung das von § 148 Abs. 1 AktG für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen geforderte Aktionärsquorum zu erreichen.<sup>112</sup> Insbesondere die Tatsachen, die für das Klagezulassungsverfahren nach § 148 in Abs. 1 Nr. 3 AktG erforderlich sind, lassen sich mit Hilfe des Feststellungstitels eher darlegen. Gleichwohl hat ein solcher Titel auch vor diesem Hintergrund zumindest keine eigenständige praktische Bedeutung. Denn jeder Aktionär könnte an Stelle der Feststellungsklage genauso gut den Hauptversammlungsbeschluss über die Entlastung der Verwaltungsmitglieder anfechten.<sup>113</sup> Auch auf diese Weise ließe sich ein Urteil beschaffen, das wie das Feststellungsurteil zur Werbung in der Hauptversammlung nutzbar gemacht werden könnte.

Ein Antrag in der Hauptversammlung auf Versagung der Entlastung der Mitglieder der Verwaltung lässt sich unter Vorlage eines Urteils, das die Pflichtwidrigkeit des Handelns der Organe attestiert, ebenfalls leichter begründen als ohne ein solches Urteil.<sup>114</sup> Dieses können sich Aktionäre allerdings, zumindest in rechtskräftiger Form, kaum zeitnah beschaffen. Damit

---

<sup>110</sup> Zu den Rechtsgrundlagen solcher Ansprüche siehe oben, I.

<sup>111</sup> Kritisch in dem Zusammenhang auch *Busch*, NZG 2006, 81, 85.

<sup>112</sup> So auch schon die Überlegung der Vorinstanz, OLG Frankfurt/M, ZIP 2003, 1198, 1200.

<sup>113</sup> Siehe oben, I.

<sup>114</sup> *Paschos*, DB 2005, 2731, 2732.

lässt es sich aber grundsätzlich auch nicht als Mittel zur Gewinnung der für die Verweigerung der Entlastung erforderlichen Mehrheit nutzbar machen, da sich die Entlastung regelmäßig nur auf das abgelaufene Geschäftsjahr bezieht<sup>115</sup>. Das Feststellungsurteil könnte daher insoweit in der Hauptversammlung allenfalls als Überzeugungsmittel für den Widerruf einer einst erteilten Entlastung eingesetzt werden. Ein solcher Widerruf ist zwar zulässig<sup>116</sup>, er setzt aber das Bekannt werden neuer Fakten<sup>117</sup>, zumindest aber Verfehlungen der Verwaltung voraus, die bei Erteilung der Entlastung weder bekannt noch für die Hauptversammlung erkennbar waren<sup>118</sup>. An diesen Voraussetzungen wird es vorliegend aber gerade fehlen, da der Vorstand bereits in der ordentlichen Hauptversammlung nach Durchführung der Kapitalerhöhung über diese berichtet hat. Auf der Grundlage dieses Berichts hätte der Hauptversammlungsbeschluss über die Entlastung bereits schon seinerzeit angefochten werden können.

Das bedeutet im Ergebnis, dass die Erhebung einer Feststellungsklage im Hinblick auf eine mögliche Versagung der Entlastung der Verwaltung praktisch nahezu bedeutungslos ist. Praktische Bedeutung kann ein Feststellungstitel in dem Zusammenhang nur dann erlangen, wenn es dem Kläger gelingt, in der Hauptversammlung eine Stimmenmehrheit für die Vertagung der Entscheidung über die Entlastung<sup>119</sup> für sich zu gewinnen. Sollte der Kläger im Fall der Vertagung später ein rechtskräftiges Urteil erwirken, das die Nichtigkeit der Verwaltungsbeschlüsse feststellt, kann er nunmehr unter Vorlage dieses Titels in der Hauptversammlung für die Versagung der Entlastung plädieren.

Aktionäre, die wegen einer vermeintlich pflichtwidrigen Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss die Entlastung der verantwortlichen Verwaltungsmitglieder verhindern wollen, die Mehrheit der Aktionäre in der Hauptversammlung aber weder von einer Versagung der Entlastung noch von einer Vertagung der Entscheidung über die Entlastung überzeugen können, sind darauf angewiesen, den Beschluss über die Entlastung der Verwaltung anzufechten. Mit der Feststellungsklage gewinnen die Aktionäre insoweit kein gerichtliches Kontrollinstrument mit eigenständiger praktischer Bedeutung hinzu.

Schließlich weist der Senat darauf hin, dass sich durch Vorlage eines Feststellungsurteils in der Hauptversammlung ein Antrag auf Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder nach § 103

---

<sup>115</sup> Hüffer (Fn. 31), § 120 Rn. 2; Kubis, in: MünchKomm AktG (Fn. 66), § 120 Rn. 18.

<sup>116</sup> Mülbart, in: GroßKomm AktG (Fn. 66), § 120 Rn. 93; Zöllner, in: KölnerKomm AktG, (Fn. 66), § 120 Rn. 39; Lutter, in: Festschrift für Quack 1991, S. 301, 306.

<sup>117</sup> Mülbart, in: GroßKomm AktG (Fn. 66), § 120 Rn. 93.

<sup>118</sup> Zöllner, in: KölnerKomm AktG (Fn. 66), § 120 Rn. 39.

<sup>119</sup> Erforderlich hierfür ist ein Vertragungsbeschluss, Mülbart, in: GroßKomm AktG (Fn. 66), § 120 Rn. 92.

Abs. 1 AktG rechtfertigen lasse.<sup>120</sup> Auch insoweit ist dem Senat zuzustimmen, dass die Überzeugungsarbeit, die in der Hauptversammlung zum Erreichen der für die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern erforderlichen Drei-Viertel-Mehrheit geleistet werden muss, mit einem Feststellungsurteil in der Hand geringer sein mag als ohne eine solche Entscheidung. Der vom Senat insoweit in Betracht gezogene Verwendungszweck des Titels wird allerdings möglicherweise ebenfalls aufgrund der zeitlichen Dimension vereitelt. Denkbar ist, dass die für die rechtswidrige Kapitalerhöhung verantwortlichen Organmitglieder längst aus ihren Ämtern ausgeschieden sind, bevor sich der klagende Aktionär ein rechtskräftiges Feststellungsurteil hat beschaffen können. Aber selbst wenn alle Aufsichtsratsmitglieder noch im Amt wären, hätte ein Feststellungsurteil keine eigenständige Bedeutung, da sich das Vorhaben des Aktionärs auch mit einem Gestaltungsurteil realisieren ließe, das den einst gefassten Beschluss über die Entlastung der Aufsichtsratsmitglieder für nichtig erklärt.

## **6. Kein zusätzliches Missbrauchspotenzial**

Die vorstehende Prüfung hat ergeben, dass die Bedeutung eines Titels, der die Nichtigkeit von Verwaltungsbeschlüssen feststellt, nicht etwa darin besteht, die Grundlage für etwaige Sekundäransprüche zu bilden. Anliegen eines solchen Titels ist es vielmehr, der Verwaltung aufzuzeigen, dass sie ihre Kompetenzen pflichtwidrig überschritten hat, und die Verwaltung zur Einhaltung ihres Kompetenzbereichs bei zukünftigen Entscheidungen anzuhalten. Im Folgenden wird gezeigt, dass die Zulassung der allgemeinen Feststellungsklage aufgrund dieses Zwecks nicht durch zusätzliche Missbrauchspotenziale erkaufte wird.

Ein Missbrauchspotenzial ist mit der Erhebung einer allgemeinen Feststellungsklage oder einem Antrag auf Erlass einer Verfügung nach § 940 ZPO, die das streitige Rechtsverhältnis<sup>121</sup> einstweilig regelt, dann verbunden, wenn die Geltendmachung dieser Rechtsbehelfe die Durchführung der geplanten Kapitalmaßnahme zeitlich verzögert, obwohl die Rechtsbehelfe offensichtlich unbegründet sind. In dem Zusammenhang ist allerdings nur von Bedeutung, ob Missbrauchspotenziale eröffnet werden, die über jene hinausgehen, die bereits aufgrund der anderen verfügbaren Rechtsschutzmöglichkeiten<sup>122</sup> bestehen.

Ein Missbrauch in dem beschriebenen Sinne kommt in zeitlicher Hinsicht nur solange in Betracht, wie die Durchführung der Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital nicht in das Handelsregister eingetragen ist und die jungen Aktien nicht ausgegeben sind. Eine später er-

---

<sup>120</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 274.

<sup>121</sup> Siehe hierzu oben, 1.

<sup>122</sup> Siehe hierzu oben, I.

hobene Feststellungsklage lässt die Wirksamkeit der eingetragenen und durchgeführten Kapitalerhöhung selbst im Erfolgsfall unberührt.<sup>123</sup>

Wenn dementsprechend vor Eintragung der Kapitalerhöhung eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der Beschlüsse von Vorstand und Aufsichtsrat anhängig gemacht wird, besteht zwar die Möglichkeit, dass das Registergericht die Entscheidung über die Eintragung gemäß § 127 FGG aussetzt. Die Erhebung der Feststellungsklage kann aber nicht kausal für die Aussetzungsentscheidung des Registerrichters sein, da dieser die Wirksamkeit der Beschlüsse von Vorstand und Aufsichtsrat schon von Amts wegen vor der Eintragung zu überprüfen hat.<sup>124</sup> Eine in dem Zusammenhang erhobene Feststellungsklage wird den Registerrichter allenfalls im Hinblick auf seine Prüfpflicht sensibilisieren.<sup>125</sup> Im Fall einer Aussetzung verzögert sich die Eintragung der Kapitalerhöhung. An einer solchen Verzögerung ändert auch die Durchführung eines Freigabeverfahrens analog § 246a AktG nichts.

Mit einer solchen Verzögerung der Eintragung ist indessen kein *zusätzliches* Missbrauchspotenzial verbunden, da Aktionäre an Stelle der Feststellungsklage genauso gut im Wege der Unterlassungsklage vorgehen können mit dem Antrag, das Eintragungsverfahren nicht fortzusetzen oder das Bezugsrecht nicht auszuschließen.<sup>126</sup> Auch dadurch wird der Registerrichter im Hinblick auf seine Pflicht zur Prüfung der Wirksamkeit der Verwaltungsbeschlüsse sensibilisiert.

Ein zusätzliches Missbrauchspotenzial ginge mit der Zulassung der allgemeinen Feststellungsklage allenfalls dann einher, wenn diese für ihren Erfolg anders als die Unterlassungsklage keinen Kompetenzübergreif der Verwaltung voraussetzen würde.<sup>127</sup> Denn dann könnte jeder Aktionär eine Regelungsverfügung nach § 940 ZPO mit der Begründung erwirken, die Beschlüsse von Vorstand und Aufsichtsrat würden an einem formalen Mangel leiden. Der Antrag auf Erlass einer Unterlassungsverfügung analog §§ 935, 940 ZPO wäre mit einer solchen Begründung demgegenüber schon unzulässig, weil einer Unterlassungsklage im Hauptsacheverfahren das Rechtsschutzbedürfnis fehlen würde. Wenn das zuständige Gericht daher gemäß § 940 ZPO eine Regelungsverfügung erlassen würde, träte nach § 16 Abs. 2 HGB eine

---

<sup>123</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 275.

<sup>124</sup> Vgl. *Hirte*, in: GroßKomm (Fn. 31), § 204 Rn. 19 f.; *Hüffer* (Fn. 31), § 204 Rn. 9.

<sup>125</sup> Siehe hierzu schon oben, 3.

<sup>126</sup> Siehe hierzu oben, I.

<sup>127</sup> Zu dieser Voraussetzung im Fall der Unterlassungsklage siehe oben, I.

Registersperre ein.<sup>128</sup> Dadurch würde sich die Eintragung der Kapiterhöhung in das Handelsregister erheblich verzögern.

Dass der Senat jedem Aktionär mit der allgemeinen Feststellungsklage ein derart universales Kontrollinstrument an die Hand geben möchte, lässt sich seiner Entscheidung allerdings nicht entnehmen.<sup>129</sup> Im Gegenteil: Der Senat führt als maßgebliche Erwägung für die Zulassung der allgemeinen Feststellungsklage insbesondere an, dass die durch die Siemens/Nold-Entscheidung bewirkte Erleichterung bei der Schaffung von genehmigtem Kapital nicht zu einer *Kompetenzerweiterung* des Vorstands führen dürfe.<sup>130</sup> Aus dieser Erwägung lässt sich im Umkehrschluss ableiten, dass einer allgemeinen Feststellungsklage das rechtliche Interesse nach der Vorstellung des Senats offenbar fehlt, wenn der klagende Aktionär sich allein auf formale Mängel bei der Beschlussfassung von Vorstand und Aufsichtsrat beruft. Das Gesuch auf Erlass einer Regelungsverfügung ist in solchen Fällen daher ebenfalls schon mangels Vorliegens aller Sachurteilsvoraussetzungen zurückzuweisen. Dementsprechend geht auch das Missbrauchspotenzial, das mit der Zulassung der allgemeinen Feststellungsklage verbunden ist, nicht über jenes hinaus, das schon aufgrund der Möglichkeit jedes Aktionärs besteht, Unterlassungsklage zu erheben.

### III. Offene Fragen nach Mangusta/Commerzbank II

Im Folgenden sollen offene Fragen aufgezeigt und erörtert werden, die mit der Zulassung einer allgemeinen Feststellungsklage im Recht des genehmigten Kapitals verbunden sind.<sup>131</sup> Hervorzuheben sind die Frage nach der Klagefrist, dem Streitwert und die Frage, ob im Wege der allgemeinen Feststellungsklage auch außerhalb des Rechts des genehmigten Kapitals Entscheidungen der Verwaltung von einzelnen Aktionären angegriffen werden können.

#### 1. Klagefrist

Der Senat hält eine Feststellungsklage nur dann für zulässig, wenn sie „ohne unangemessene Verzögerung“ erhoben wird.<sup>132</sup> Die Frage, ob die Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG zu beachten sei, hat der Senat ausdrücklich offen gelassen.<sup>133</sup> Aus Gründen der Rechtssicherheit für die Gesellschaft, der „redlichen Aktionäre“ und der potenziellen Inferenten spricht Vieles für eine entsprechende Anwendung des § 246 Abs. 1 AktG. Auch der Umstand, dass die

---

<sup>128</sup> Busch, NZG 2006, 81, 83.

<sup>129</sup> Ebenso wohl auch Krämer/Kiefner, ZIP 2006, 301, 304.

<sup>130</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 274.

<sup>131</sup> Vgl. hierzu auch Waclawik, ZIP 2006, 397, 404 f.

<sup>132</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 275.

<sup>133</sup> BGH Der Konzern 2006, 272, 275.



Feststellungsklage mangels eines Hauptversammlungsbeschlusses an die Stelle der Anfechtungsklage tritt, für die die Frist des § 246 AktG gerade konzipiert ist, spricht für die Monatsfrist.<sup>134</sup>

Um die insoweit gewonnene Rechtssicherheit nicht wieder durch Unsicherheiten bei der Bestimmung des Fristbeginns zu verlieren, sollte diesbezüglich nicht auf die Kenntnis des Aktionärs von den betreffenden Verwaltungsbeschlüssen abgestellt werden. Eine solche Kenntnis würde oftmals auf Zufälligkeiten beruhen und hätte daher keinen einheitlichen Fristenlauf zur Folge. Daher sollte für den Fristbeginn der Tag der Hauptversammlung maßgeblich sein, in der der Vorstand über die Durchführung der Kapitalerhöhung Bericht erstattet.

## 2. Streitwert

Eine offene und praktisch äußerst bedeutsame Frage ist im Zusammenhang mit der Zulassung einer allgemeinen Feststellungsklage weiterhin die Höhe des Streitwerts. Der Senat hat hierzu in seiner Entscheidung nicht Stellung genommen. Im Schrifttum wird einerseits eine analoge Anwendung des § 247 AktG in Betracht gezogen<sup>135</sup> und andererseits für Streitwerte plädiert, die den Umfang der angegriffenen Kapitalerhöhung widerspiegeln<sup>136</sup>.

In Ermangelung einer speziellen Regelung sind an sich die allgemeinen Regelungen über die Bemessung des Streitwerts anzuwenden. Danach bemisst sich der Streitwert im Fall einer negativen (leugnenden) Feststellungsklage gemäß § 48 Abs. 1 GKG i.V.m. §§ 2, 3 ZPO wegen der vernichtenden Wirkung eines obsiegenden Urteils nach dem Interesse des Gegners.<sup>137</sup> Dementsprechend wäre vorliegend das Interesse der Gesellschaft an der Durchführung der Kapitalerhöhung für die Bestimmung des Streitwerts maßgeblich.

Ein solcher Streitwert würde aber für die meisten Aktionäre ein prohibitives Kostenrisiko bedeuten und damit die vom Senat beabsichtigte Effektivität der gerichtlichen Kontrolle im Wege der allgemeinen Feststellungsklage erheblich beeinträchtigen. Einen Ausweg aus diesem Dilemma bietet die aktienrechtliche Regelung über die Begrenzung von Streitwerten bei Anfechtungs- und Nichtigkeitsfeststellungsklagen gemäß § 247 AktG. Für eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf Unterlassungs- und Feststellungsklagen im Recht des genehmigten Kapitals ist schon vor der Mangusta/Commerzbank II-Entscheidung plädiert wor-

---

<sup>134</sup> Wiedemann, in: GroßKomm AktG (Fn. 58), § 182 Rn. 73 a.E.; Hüffer (Fn. 31), § 203 Rn. 38; Lutter, in: Kölner Komm AktG (Fn. 58), § 203 Rn. 44; für eine analoge Anwendung von § 246 Abs. 1 AktG auch Waclawik, ZIP 2006, 397, 405.

<sup>135</sup> Waclawik, ZIP 2006, 397, 405.

<sup>136</sup> Bungert, BB 2005, 2757, 2759.

<sup>137</sup> AllgM Herget, in: Zöller, ZPO, 25. Aufl., 2005, § 3 Rn. 16 ("Feststellungsklagen"); Putzo, in: Thomas/Putzo (Fn. 74), § 3 Rn. 65.

den.<sup>138</sup> Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Tragender Grund für eine entsprechende Anwendung des § 247 AktG auf die genannten Klagearten ist, dass sowohl die allgemeine Feststellungsklage als auch die Unterlassungsklage beim genehmigten Kapital mit Bezugsrechtsausschluss lediglich an die Stelle der Anfechtungsklage bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss treten. Durch den Austausch des prozessualen Vehikels wird der sachliche Gehalt der Klagen aber nicht verändert.<sup>139</sup>

### 3. Statthaftigkeit der Feststellungsklage bei anderen Entscheidungen der Verwaltung

Die zweite Entscheidung in Sachen Mangusta/Commerzbank lässt schließlich die Frage unbeantwortet, ob Beschlüsse von Vorstand und Aufsichtsrat auch außerhalb des Rechts des genehmigten Kapitals von jedem Aktionär mit der allgemeinen Feststellungsklage angegriffen werden können. Eine solche Rechtsschutzmöglichkeit wird insbesondere bei Verwaltungsbeschlüssen in Betracht gezogen, die von erheblicher Tragweite sind und an deren gerichtlicher Klärung Aktionäre ein Interesse haben könnten.<sup>140</sup> Namentlich genannt werden in dem Zusammenhang Beschlüsse der Verwaltung nach §§ 71, 89, 115, 221 AktG.<sup>141</sup>

Der Senat knüpft die Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung der Nichtigkeit von Verwaltungsbeschlüssen nach § 256 ZPO offenbar an einen Übergriff der Verwaltung in den Kompetenzbereich der Hauptversammlung. Dementsprechend heißt es schon im Leitsatz seiner Entscheidung, dass *kompetenzüberschreitendes* Organhandeln des Vorstands und des Aufsichtsrats zum Gegenstand einer allgemeinen Feststellungsklage gemacht werden könne.<sup>142</sup> In den Entscheidungsgründen findet sich außerdem folgende Passage: „Maßgebliche Erwägung für die Zulassung eines derartigen gerichtlichen Rechtsschutzes gegen unrechtmäßiges, *kompetenzüberschreitendes* [Hervorhebung durch die Verf.] Organhandeln war ...“. Angesichts dieser eindeutigen Stellungnahme des Senats kommt eine die Nichtigkeit von Verwaltungsbeschlüssen feststellende Individualklage von Aktionären von vornherein nur in Betracht, wenn mit den Verwaltungsbeschlüssen ein Kompetenzübergriff verbunden sein kann. Hierunter fallen Beschlüsse über die Gewährung von Krediten an Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats nach §§ 89, 115 AktG jedenfalls nicht. Denn die Kompetenz hierfür hat originär der Aufsichtsrat und nicht die Hauptversammlung. Anders ist die Kompetenzverteilung demgegenüber beim Rückerwerb eigener Anteile nach § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG und bei der

---

<sup>138</sup> Cahn, ZHR 164 (2000), 113, 117 f.; zustimmend Hüffer (Fn. 31), § 203 Rn. 39.

<sup>139</sup> Cahn, ZHR 164 (2000), 113, 117 f.

<sup>140</sup> Waclawik, ZIP 2006, 397, 405.

<sup>141</sup> Waclawik, ZIP 2006, 397, 405 (Fn. 98).

<sup>142</sup> BGH Der Konzern 2006, 272.

Ausgabe von Schuldverschreibungen oder bei der Gewährung von Genussrechten nach § 221 AktG. Hier handelt der Vorstand nur aufgrund eines Ermächtigungsbeschlusses der Hauptversammlung, der die originäre Kompetenz zur Entscheidung über diese Fragen zusteht. Dementsprechend ist im Rahmen der Ausübung solcher Ermächtigungen ein Kompetenzübergreif des Vorstands zumindest denkbar. Dann könnte wohl auf der Grundlage der Rechtsprechung Mangusta/Commerzbank II voraussichtlich auch in diesem Zusammenhang die Klage eines einzelnen Aktionärs auf Feststellung der Nichtigkeit der Vorstandsbeschlüsse zulässig sein.

#### **D. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse**

1. Beiden Urteilen in Sachen Mangusta/Commerzbank ist im Ergebnis zuzustimmen. Der Senat hat das Recht des genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss sachgerecht fortentwickelt.
2. In der ersten Entscheidung hat der Senat zutreffend die Frage nach einer Vorabberichtspflicht des Vorstands verneint und sich dabei ausdrücklich gegen namhafte Stimmen des Schrifttums gewandt. Eine solche Berichtspflicht ist abzulehnen, weil sie einen übertriebenen Formalismus bedeuten würde und voraussichtlich die durch Siemens/Nold gewonnene Flexibilisierung beim genehmigten Kapital nicht unerheblich einschränken würde.
3. Zutreffend ist auch die Ablehnung einer analogen Anwendung der aktienrechtlichen Anfechtungs- und Nichtigkeitsfeststellungsklage auf Beschlüsse der Verwaltung. Hier hätte es u.E. allerdings näher gelegen, die Analogie mangels planwidriger Regelungslücke zu verneinen.
4. Anerkennung verdient schließlich auch die Zulassung der allgemeinen Feststellungsklage als Instrument zur Kontrolle der Verwaltungsbeschlüsse über ein genehmigtes Kapital mit Bezugsrechtsausschluss. Ein Feststellungsurteil hat die Funktion, der Verwaltung direkt eine Kompetenzüberschreitung aufzuzeigen. Andere den Aktionären zur Verfügung stehende Rechtsbehelfe ermöglichen lediglich eine inzidente Kontrolle des Handelns der verantwortlichen Organe. Einen auf die Pflichtwidrigkeit fokussierten Rechtsschutz bietet nur die allgemeine Feststellungsklage. Das Feststellungsinteresse der Aktionär begründet der Senat insbesondere damit, dass die Verwaltungsorgane aus einem gegen ihr Verhalten gemünzten Feststellungsurteil die notwendigen Folgerungen ziehen werden. Dem kann letztlich gefolgt werden, wenngleich der vom Senat hier angelegte Maßstab doch sehr großzügig erscheint. Ein zusätzliches Missbrauchspotenzial, das über jenes hinausgeht, das mit einer Unterlassungs-

klage oder einer Unterlassungsverfügung verbunden ist, wird durch die Zulassung der allgemeinen Feststellungsklage und der zugehörigen Regelungsverfügung nicht geschaffen.

WORKING PAPERS

- |    |                     |   |
|----|---------------------|---|
| 1  | Andreas Cahn        | Verwaltungsbefugnisse der Bundesanstalt für<br>Finanzdienstleistungsaufsicht im Übernahmerecht und<br>Rechtsschutz Betroffener<br>(publ. in: ZHR 167 [2003], 262 ff.)                 |
| 2  | Axel Nawrath        | Rahmenbedingungen für den Finanzplatz Deutschland: Ziele<br>und Aufgaben der Politik, insbesondere des<br>Bundesministeriums der Finanzen   |
| 3  | Michael Senger      | Die Begrenzung von qualifizierten Beteiligungen nach § 12<br>Abs. 1 KWG<br>(publ. in: WM 2003, 1697-1705)   |
| 4  | Georg Dreyling      | Bedeutung internationaler Gremien für die Fortentwicklung<br>des Finanzplatzes Deutschland  |
| 5  | Matthias Berger     | Das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz – Schwerpunkt<br>Börsen- und Wertpapierrecht   |
| 6  | Felicitas Linden    | Die europäische Wertpapierdienstleistungsrichtlinie-<br>Herausforderungen bei der Gestaltung der Richtlinie   |
| 7  | Michael Findeisen   | Nationale und internationale Maßnahmen gegen die<br>Geldwäsche und die Finanzierung des Terrorismus – ein<br>Instrument zur Sicherstellung der Stabilität der<br>Finanzmärkte         |
| 8  | Regina Nöbner       | Kurs- und Marktpreismanipulation – Gratwanderung<br>zwischen wirtschaftlich sinnvollem und strafrechtlich<br>relevantem Verhalten   |
| 9  | Franklin R. Edwards | The Regulation of Hedge Funds: Financial Stability and<br>Investor Protection<br>(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and<br>Regulation, 2004, S. 30 ff.)                 |
| 10 | Ashley Kovas        | Should Hedge Fund Products be marketed to Retail<br>Investors? A balancing Act for Regulators<br>(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and<br>Regulation, 2004, S. 91 ff.) |
| 11 | Marcia L. MacHarg   | Waking up to Hedge Funds: Is U.S. Regulation Taking a<br>New Direction?<br>(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and<br>Regulation, 2004, S. 55 ff.)                       |

- |    |                                  |   |
|----|----------------------------------|---|
| 12 | Kai-Uwe Steck                    | Legal Aspects of German Hedge Fund Structures<br>(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and Regulation, 2004, S. 135 ff.)   |
| 13 | Jörg Vollbrecht                  | Investmentmodernisierungsgesetz – Herausforderungen bei der Umsetzung der OGAW – Richtlinien  |
| 14 | Jens Conert                      | Basel II – Die Überarbeitung der Eigenkapitalmarktregelungen der Kreditinstitute im Fokus von Wirtschaft- und Wettbewerbspolitik  |
| 15 | Bob Wessels                      | Germany and Spain lead Changes towards International Insolvencies in Europe   |
| 16 | Theodor Baums / Kenneth E. Scott | Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and in Germany   |
| 17 | Bob Wessels                      | International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe, in particular against (groups of) Companies  |
| 18 | Michael Gruson                   | Die Doppelnotierung von Aktien deutscher Gesellschaften an der New Yorker und Frankfurter Börse: Die sogenannte Globale Aktie<br>(publ. in: Die AG 2004, 358 ff.)   |
| 19 | Michael Gruson                   | Consolidated and Supplementary Supervision of Financial Groups in the European Union<br>(publ. in: Der Konzern 2004, 65 ff. u. 249 ff.)   |
| 20 | Andreas Cahn                     | Das richterliche Verbot der Kreditvergabe an Gesellschafter und seine Folgen<br>(publ. in: Der Konzern 2004, 235 ff.)   |
| 21 | David C. Donald                  | The Nomination of Directors under U.S. and German Law   |
| 22 | Melvin Aron Eisenberg            | The Duty of Care in American Corporate Law<br>(deutsche Übersetzung publ. in: Der Konzern 2004, 386 ff.)  |
| 23 | Jürgen Than                      | Rechtsfragen bei der Festlegung von Emissionsbedingungen für Schuldverschreibungen unter besonderer Berücksichtigung der Dematerialisierung und des Depotgesetzes<br>(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 3 ff.) |

- 24 Philipp von Randow      Inhaltskontrolle von Emissionsbedingungen  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des  
Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 25 ff.)
- 25 Hannes Schneider      Die Änderung von Anleihebedingungen durch Beschluß der  
Gläubiger  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des  
Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 69 ff.)
- 26 Hans-Gert Vogel      Die Stellung des Anleihetreuhänders nach deutschem Recht  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des  
Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 94 ff.)
- 27 Georg Maier-Reimer      Rechtsfragen der Restrukturierung, insbesondere der  
Ersetzung des Schuldners  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des  
Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 129 ff.)
- 28 Christoph Keller      Umschuldung von Staatenanleihen unter Berücksichtigung  
der Problematik einer Aggregation aller Anleihegläubiger  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des  
Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 157 ff.)
- 29 René Bösch      Die Emission von Schuldverschreibungen nach  
schweizerischem Recht – ein Rechtsvergleich mit dem  
geplanten deutschen Schuldverschreibungsrecht  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des  
Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 189 ff.)
- 30 Lachlan Burn      Bond Issues under U.K. law: How the proposed German  
Legislation compares  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des  
Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 219 ff.)
- 31 Patrick S. Kenadjian      Bond Issues under New York and U.S. Law: Considerations  
for the German Law Maker from a U.S. Perspective  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des  
Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 245 ff.)
- 32 Andreas Cahn      Bankgeheimnis und Forderungsverwertung  
(publ. in: WM 2004, 2041 ff.)
- 33 Michael Senger      Kapitalkonsolidierung im Bankkonzern
- 34 Andreas Cahn      Das neue Insiderrecht  
(publ. in: Der Konzern 2005, 5 ff.)

- |    |  |  |
|----|--|--|
| 35 | Helmut Siekmann                              | Die Unabhängigkeit von EZB und Bundesbank nach dem geltenden Recht und dem Vertrag über eine Verfassung für Europa                     |
| 36 | Michael Senger                               | Gemeinschaftsunternehmen nach dem Kreditwesengesetz  |
| 37 | Andreas Cahn                                 | Gesellschafterfremdfinanzierung und Eigenkapitalersatz   |
| 38 | Helmut Siekmann                              | Die Verwendung des Gewinns der Europäischen Zentralbank und der Bundesbank   |
| 39 | Guido Ferrarini                              | Contract Standards and the Markets in Financial Instruments Directive (MiFID): An Assessment of the Lamfalussy Regulatory Architecture |
| 40 | David C. Donald                              | Shareholder Voice and Its Opponents<br>(publ. in: The Journal of Corporate Law Studies, Vol. 5, Issue 2, 2005)                         |
| 41 | John Armour                                  | Who should make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition  |
| 42 | David C. Donald                              | The Laws Governing Corporations formed under the Delaware and the German Corporate Statutes  |
| 43 | Garry J. Schinasi/<br>Pedro Gustavo Teixeira | The Lender of the Last Resort in the European Single Financial Market  |
| 44 | Ashley Kovas                                 | UCITS – Past, Present and Future in a World of Increasing Product Diversity  |
| 45 | Rick Verhagen                                | A New Conflict Rule for Securitization and other Cross-Border Assignments – A potential threat from Europa                             |





# ILF



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE  
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT